



<36637563570016

Abhandlungen

aus

dem Gebiete

des

gemeinen und französischen

Civil- und Proceßrechts

in

vergleichender Darstellung.

Von

Dr. Dernburg,

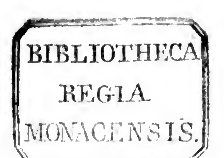
ordentlichem Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Gießen, früher Advocat-Anwalt und Ergänzungsrichter zu Mainz.

Frankfurt am Main.

Literarische Anstalt.

(J. Rütten.)

1849.



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Abhandlungen

aus

dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Proceßrechts in vergleichender Darstellung.

Vorwort.

Nichts ist geschickter, uns die innersten Eigenthümlichkeiten eines Gegenstandes zu offenbaren, als seine Zusammenstellung mit andern ihm ähnlichen, wenn auch nicht identischen Gegenständen. Die Naturwissenschaften, deren Aufgabe es ist, ein Gegebenes in seiner ganzen Individualität, so wie im Zusammenhange mit dem Ganzen zu erkennen, bedienen sich der vergleichenden Darstellung zur Bereicherung ihres objectiven Inhalts. Auf dem Gebiete des Rechts und der Gesetzgebung ist der Stoff zwar ebenfalls nicht ganz ungebunden, auch diese Disciplinen haben an die Natur der Dinge anzuknüpfen, und die Geschichte liefert hier ein mehr oder weniger hemmendes Element; aber man müßte an seinem inneren Bewußtsein zum Lügner werden, wenn man in ihrem Inhalt nicht auch das Product der Frei-

heit erkennen, und denselben nicht nur für fortbildungs-, sondern auch für umwälzungsfähig halten wollte. Das Antithetisiren gewinnt daher auf diesem Boden noch eine ganz andere Bedeutung. Nicht nur lehrt es am schroffen Gegensatz den Satz nach allen Seiten hin erkennen, sondern es giebt der Kritik auch eine feste Richtung, und bereitet eine neue Bildung vor.

Viele Fragen, worüber die Gelehrten sich stritten und noch lange gestritten haben würden, weil sie eben ihre zwei Seiten haben und am Ende Gefühl, Position und Neigung entscheiden, hat ein Element, das mächtiger eingreift als grübelnde Weisheit, nämlich der Geist der Zeit, oder nennen wir es mit der Schule, das Volksbewußtsein zum Abschluß gebracht; das Resultat wird auch die historische Schule, will sie ihrer Auffassung nicht da untreu werden, wo sie praktisch wird, anerkennen müssen. Wir rechnen dahin das Geschwornengericht, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit in beiden, sowohl dem Criminal- als Civilverfahren, und die Nothwendigkeit neuer Gesetzbücher; so wenig befriedigend auch die bisherigen Versuche ausgefallen sind, und so klar es auch jedem sein mag, daß neue Gesetzbücher keine Heilmittel gegen alle Uebel sind, die Rechtswissenschaft nicht entthronen, und nicht jeden, der lesen

und schreiben kann, zum Rechtsgelehrten machen werden. In der Jetztzeit ist daher eine Kritik, die sich rein objectiv hält, die weder von Haß noch von Vorliebe geleitet ist, eine Nothwendigkeit, und es ist Niemanden zu verargen, wenn er strebt, sein Scherflein zum großen Werke beizutragen; es ist wenigstens vom Verfasser keine Prätention, und keine sich selbst überschätzende Anmaßung, wenn er diesem Wunsche nachgebend die folgenden Abhandlungen, die in diesem Geiste gefaßt sind, dem Publikum übergiebt.

Die vorliegende Arbeit will sich als Versuch geben in zweifacher Weise, sowohl was die Form angeht als den Inhalt, und findet sie Beifall, so soll, wenn Berufsarbeiten es erlauben, dieser Versuch nicht der letzte sein.

Den Stoff zu den ersten beiden Arbeiten hat der Zufall an die Hand gegeben; die letztere behandelt eine Zeitfrage; hier wollte ich ein Kunsturtheil nach meinen Kräften, aber vorzüglich ein unpartheiisches Zeugniß ablegen. Was dem Ersten an Neuheit, Gediegenheit und Schärfe abgeht, mag der Werth des Letzteren, dem eine sinnliche Anschauung während mehr als eines viertel Jahrhunderts zu Grunde liegt, ersetzen. Um dieses Zeugniß ungetrübter und individueller abzugeben, habe ich auf Arbeiten Andrer auf demselben

Gebiete, so sehr werthvoll sie sind, keine Rücksicht genommen. Ein Zeuge soll in Abwesenheit des Andern gehört werden, so verlangt es eine gute Justiz, die Confrontation kann hier der Richter unternehmen.

Schließlich bitte ich, Druckfehler, die trotz einer sorgfältigen Correctur unterlaufen, so wie vielleicht Uncorrectheiten des Styls, gütigst zu entschuldigen; während der Abfassung und des Drucks namentlich der mittlern Bogen haben auf den Verfasser manche Aeußerlichkeiten ungünstig eingewirkt.

Geschrieben Gießen im März 1849.

Dernburg.

Inhaltsverzeichniß.

Erste Abhandlung.

Beiträge

zur Lehre über das Verhältniß des Käufers zum Miether.



I. Gemeines Recht*).

§. 1.

Der Grundsatz: Kauf bricht Miethe; Kauf geht vor Gewinn; der Käufer jagt den Pächter; wenn der Kauf geschlossen ist, giebt man dem Pächter das Wandergebindel, findet sich in allen Compendien des römischen Rechts, die meisten Statutarrechte erkennen denselben an, und es ist unsere Absicht nicht, demselben seine Herrschaft streitig zu machen. Wir halten es überhaupt für keinen Gewinn für die Wissenschaft, allgemein anerkannte Rechtssätze wieder wankend zu machen, die Rechtsanwendung zu erschüttern und dem Parteistreit einen neuen Zankapfel zu reichen; dagegen scheint es uns nothwendig, daß ein auch anerkanntes Princip nach seinem wahren Geiste aufgefaßt werde, indem, wie bekannt, in der richtigen Erkenntniß des Geistes eines

*) Die bisherige Literatur bei Glück, XVIII. Band, §. 1061. Note 22 und in den dort angeführten Dissertationen; der spätern Literatur geschieht gelegentlich Erwähnung.

Rechtssatzes, nicht in seinen Worten sein wissenschaftlicher und praktischer Werth gewonnen wird.

So einfach unser Rechtssatz aussieht, zu so vielen Schwierigkeiten hat derselbe von jeher in seiner richtigen Auffassung und Begründung Veranlassung gegeben, und wir halten diese Schwierigkeiten bis heute noch nicht für beseitigt. Während man so ziemlich von Seiten der Vertheidiger sowohl als der Widersacher einig zu gehen scheint, daß der Satz: Kauf bricht Miethe, mit dem Naturrecht, wie man sich ausdrückte oder mit der Natur der Sache nicht übereinstimme, warf man ihm aus dem Gesichtspunkte des positiven das Axiom entgegen, daß Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen könne, als er selbst habe. Diesem Einwurf lag ein tieferer Gedanke zu Grunde, als der ist, der sich im ersten Augenblicke darbietet. Zwei Rechtsverhältnisse liegen vor: A verpachtet, vermiethet, verleiht eine Sache an den B, er verkauft dieselbe Sache an den C. A ging sohin zwei Verbindlichkeiten ein, die er, so wie sie eingangen sind, nicht gleichzeitig erfüllen kann; er kann dem B unmöglich denselben Gegenstand während der ganzen Dauer der Pachtzeit zur Benutzung überlassen, ihm sohin die Detention nach dem Inhalt des Miethvertrags gestatten, und ihn gleichzeitig, wie er nach dem Inhalt seiner zweiten Obligation verbunden wäre, dem Käufer C zum Eigenthum übertragen. Hätte er noch keinen erfüllt, so bliebe es, abgesehen von allen andern Gesichtspunkten, ihm überlassen, wem er in natura erfüllen, und wem er das Interesse, das id quod interest prästiren wolle; die Sache würde sich durch nichts von dem Falle unterscheiden, wo Jemand

dieselbe Sache Zweien nach einander verkauft oder nach einander vermiethet hätte, oder, um noch weiter zu greifen, wo Jemand mit einem Vermögen von 1000 für den Werth von 10,000 Obligationen eingegangen wäre. Hätte derselbe dem Käufer C vorerst erfüllt, so versteht es sich von selbst, daß der Pächter B nunmehr mit demselben keinen Rechtsstreit beginnen kann, B ist dem C gegenüber kein Pächter, C aber eben so wenig dem B gegenüber Käufer; jener ist ein Dritter, ohne alle Berechtigung, und C ist ein Eigenthümer mit dem vollsten Recht. Nun ist aber das Verhältniß umgekehrt: dem B ist erfüllt, er befindet sich in der Detention der Sache, rem tenet, corporaliter incumbit possessioni. Wenn unser Rechtssatz sich Geltung verschaffen will, so muß dem C das Recht zustehen, den B auszutreiben; jetzt aber fragt es sich, mit welchem Rechte? C ist dem B gegenüber so wenig Käufer, wie B dem C gegenüber Miether; B detinirt die Sache, und alles Recht, das man dem C zuschreiben könnte, wäre das Recht des Verkäufers A; wenn aber dieser kein Recht hat, den B auszutreiben, woher nimmt es C, dem es an aller Legitimation zur Sache fehlt? Der Einwurf, der sohin aus dem Grundsatze genommen ist: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, fällt mit der Schwierigkeit zusammen, wovon noch weiter unten gesprochen werden muß: welche Klage hat C gegen B, wenn dieser, gestützt auf sein Vertragsrecht, den Gegenstand nicht verlassen, beziehungsweise nicht herausgeben will?

§. 2.

Wer sich mit der Literatur über unsern Rechtssatz etwas abgegeben hat, dem kann es nicht entgangen sein, daß man die Lösung der aufgeworfenen Schwierigkeit darin findet, daß der Käufer Eigenthums-, der Miether aber nur persönliche Rechte habe; eine Lösung, in welcher die Antwort auf beide Fragen liegt. Der Käufer hat Eigenthumsrechte, da aber das Eigenthumsrecht des Verkäufers A durch den Miethvertrag mit B nicht angegriffen ist, so ist es auch das Eigenthumsrecht des C nicht; die Klagen, die dem Käufer C zustehen, sind die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel, die aus dem Eigenthumsrecht entspringen. Damit daher der Satz: Kauf hebt Miethe auf, in Anwendung kommen könne, wird sohin auch erfordert, daß der Käufer Eigenthümer geworden sei, oder, was im römischen Rechte eben so viel heißt, daß dem Käufer die Sache wirklich tradirt worden sei. Diese Ansicht scheint heute auch so ziemlich zur allgemeinen Anerkennung gekommen zu sein. Da wir den polemischen Theil unserer Entwicklung gerne an Gesterding[1]), als an denjenigen, der unseres Wissens unsern Satz am letzten einer Kritik unterwarf, anschließen möchten, so führen wir seine eigenen Worte an. Sein §. 2 ist überschrieben: „Bedingung der Möglichkeit des juris expellendi," und beginnt mit dem Dogma: „Das Recht, den Pächter auszutreiben, kann der neue Erwerber erst mit der Herrschaft über die Sache er-

---

[1]) Gesterding, Ausbeute, III. Band, S. 215.

langen; der bloße Vertrag ist da nicht hinlänglich; er muß Besitz erworben haben. v. Vangerow[2]) sagt: „Gewöhnlich lehrt man: Kauf bricht Miethe, und führt demgemäß als Beendigungsact der Miethe auf, wenn titulo singulari das Eigenthum der vermietheten Sache an einen Andern komme, oder ein mit dem Gebrauchsrecht des Miethers unverträgliches dingliches Recht constituirt werde. Dies ist aber wenigstens nicht richtig ausgedrückt. So viel ist zwar gewiß, daß der neue Eigenthümer oder anderweit dinglich Berechtigte den Miether austreiben darf, l. 25 §. 1. l. 32. h. t. l. 59 §. 1. de usufruct. (7. 1) l. 120 §. 2. de leg. l. l. 9. C. h. t., und das ist die wahre Bedeutung des angeführten Sprichworts." Ganz so Wening[3]). „Zwar kann hier," lautet die Lehre, „der Miether von dem neuen dinglich Berechtigten die Fortsetzung des Verhältnisses nicht verlangen, indem dieser ihm nicht obligirt ist; und dies ist es vorzüglich, was man durch die Parömie: „„Kauf bricht Miethe"" auszudrücken pflegt. Daß mit andern Worten mit dieser Umschreibung gesagt ist, der ganze Satz: Kauf bricht Miethe, ist unwahr, springt in die Augen; denn daß dieser Satz nicht identisch ist mit dem andern: Der heutige Eigenthümer hat persönliche Verbindlichkeiten nicht zu erfüllen, die sein Vorgänger eingegangen hat, wenn diese auch Bezug auf die erworbene Sache haben [4]), ist wohl nicht zu bestreiten. Daß diese Auffassungsweise aber weder mit den römischen Rechts-

---

[2]) Leitfaden, III. Band, S. 226.
[3]) Lehrbuch, 1837. II. §. 265.
[4]) Frag. 81. §. 1. dig. loc.

quellen, noch mit den deutsch-rechtlichen, die den Satz aufgenommen, oder als ursprünglich deutsches Recht gelten lassen, übereinstimmt, noch das eigentliche Sachverhältniß regulirt, wird sich weiter unten, wie wir hoffen, bis zur Evidenz nachweisen lassen; hier müssen wir aber auf die — wir wollen sie mechanische Schwierigkeit nennen — zurückkommen, die freilich auch von allen Gegnern unseres Satzes erhoben, aber unserer Meinung nach nicht gehörig gelöst wurde. Auf welche Weise, fragt es sich nämlich, erwirbt denn der Käufer Eigenthum, wenn der Detentor hierzu die Hand nicht bietet? Es ist interessant, die Schlangenwindungen alle zu verfolgen, die gemacht werden, um diesem Stein des Anstoßes aus dem Wege zu gehen. Bald kommt man auf den Gedanken, der Vermiether selbst könne jeden Augenblick den Miether austreiben, und er brauche ihn nur zu entschädigen; es sei daher hier sogar Gewalt zuläßig; bald will man sich hier mit einer sogenannten Uebergabe mit langer Hand helfen. Eigenthümlich ist die Darstellung von Gesterding [5]): „Und dennoch giebt es allerdings Gründe, anzunehmen, daß eine Uebergabe ohne Zuthun des Pächters möglich sei. Zwar die gegen diesen Satz aus der Natur der Sache entlehnten Gründe weiß ich nicht zu widerlegen; wohl aber lassen sich die Gründe widerlegen, welche aus dem Inhalt der angeführten Stellen des Marcellus [6]) und Papinianus [7]) hergenommen sind. Genauer untersucht,

---

[5]) l. c. S. 229.

[6]) Frag. 12. dig. de vi.

[7]) Frag. 18. ibid.

bestätigen sie ihn vielmehr, als daß sie ihn entkräften sollten, wie wir hernach sehen werden.

„Daß eine Uebergabe ohne Zuthun des Pächters möglich sei, scheint aus folgenden Gründen sich zu ergeben:

„Erstens spricht der Umstand dafür, daß ein jus expellendi erst dadurch möglich wird und dieses ganz aufgegeben werden muß, wenn wir eine solche Uebergabe für unmöglich halten; denn beide, der Käufer uud der Pächter, können gar nicht zusammenkommen, wenn jener nicht durch den Verkäufer zum Besitz des Grundstücks gelangt ist.

„Zweitens spricht dafür eine Gesetzstelle ....
„die l. 50. de jure fisci.

„Drittens scheint eine Uebergabe ohne Zuthun des Pächters den Vorstellungen der römischen Rechtsgelehrten über die Natur des abgeleiteten Besitzes, im Verhältniß zu dem ursprünglichen angemessen zu sein.

„Nach römischen Ideen besitzt nur derjenige, in dessen Namen besessen wird, hier der Verpächter .... er hat außer dem animus auch die physische Herrschaft — und wie er beide hat, kann er auch jenen, den animus aufgeben und diese, die physische Gewalt, einem Andern überlassen, mithin die Uebergabe vornehmen — und durch die Uebergabe den Empfänger zum Eigenthümer machen, ohne daß es ihm Jemand wehren kann. Die Uebergabe kann dabei allerdings im Allgemeinen ganz auf dieselbe Art wie sonst eine Uebergabe geschehen. Sie kann, wenn ein verpachtetes Grundstück übergeben werden soll, mit der langen Hand, sie kann aber auch durch wirkliche inductio

in fundum geschehen [8]). Die erstere muß der Pächter, wie sich von selbst versteht, geschehen lassen. Er wird aber auch die Uebergabe welche, durch inductio in fundum geschieht, deren Stelle eine missio in possessionem vertritt (?), dulden müssen; zum Nichthindern, zur Unthätigkeit wird er verpflichtet sein. Hingegen ein Herausgeben kann, glaube ich, von einem Inhaber nicht begehrt werden. [9]) In Fällen also, da die Tradition, wie bei beweglichen Sachen, durch Hingeben geschehen soll, wird, wenn gleich ein bloßer Inhaber sie im Besitz hat, keine Uebergabe und kein jus expellendi möglich sein. Man muß hier Zweierlei unterscheiden, einmal den Verkäufer nicht hindern dürfen, Handlungen seines Besitzes auszuüben und namentlich den Besitz zu übertragen, und zweitens die Sache an ihn oder auf sein Begehren an den Käufer zurückzuliefern. Wiewohl der Inhaber dem Verkäufer nicht verwehren kann, Handlungen seines Besitzes vorzunehmen, er mithin auch nach dem Willen des Verkäufers den Käufer nicht hindern darf, Besitz zu ergreifen, ist er doch vor der Zeit nicht gerade zur Zurückgabe der Sache an ihn verpflichtet.

„Der Umstand, daß die Sache verpachtet ist, setzt also der Uebergabe kein Hinderniß entgegen; sie kann im Allgemeinen so geschehen, als wenn sie nicht verpachtet wäre; der Pächter darf die Besitzergreifung

---

[8]) Frag. 50. D. de jure fisci.

[9]) Fragezeichen und Sperrschrift finden sich nicht im Original.

eben so wenig hindern, als ein Fremder, der etwa auf dem Grundstück anwesend wäre; der Pächter kömmt hierbei gar nicht in Betrachtung, er giebt bei der Handlung einen ruhigen und leidenden Zuschauer ab, sie berührt ihn nicht, geht ihn gar nichts an (?), denn das, was hier verloren geht, der Besitz, was kümmert ihn der? (?) Er hatte ihn ja auch zuvor nicht. 10)

„Von dieser Seite muß man mit römischen Augen die Sache ansehen. Zwar in ihren Folgen ist die Handlung für den Pächter von Wichtigkeit; denn sein Recht, auf dem Grundstück sich aufzuhalten, es zu benutzen, es dem Verpächter vorzuenthalten, wird dadurch per indirectum gefährdet. Die Besitzergreifung wird den neuen Eigenthümer in den Stand setzen, ihn aus dem Grundstücke zu vertreiben, ohne daß der Contract ihn schützen kann. Aber das berechtigt ihn alles nicht, sich gleichsam aus Vorsicht, um sich sicher zu stellen, einer Handlung zu widersetzen, wozu nun einmal nach römischen Ideen der Eigenthümer und Besitzer ein vollkommenes Recht hat."

Diese Stelle ist merkwürdig; man sieht es dem ehrlichen deutschen Gesterding an, wie er immer den römischen Mantel vor's Gesicht nimmt, um nicht zu erröthen. Wir werden weiter unten nochmals Gelegenheit haben, die Art zu bewundern, wie Gesterding diese angebliche römische Erzschelmerei darstellt, und wie nach ihm der arme Pächter, er mag sich stellen, wie er wolle, in den

10) Dieselbe Bemerkung wie unter 9.

juristischen Hinterhalt fällt, den ihm das römische Recht gestellt hat. Wir wollen nicht urgiren, wie nach dieser Darstellung der Satz: Kauf bricht Miethe, bei Mobilien durchaus keine Anwendung leidet, — eine Ausnahme, von welcher die Gesetze nichts wissen, sondern wir wollen die Argumentationen näher prüfen. Das jus expellendi des Käufers wird erklärt durch das Eigenthumsrecht, welches er durch die Tradition erhält, und die Möglichkeit der Tradition durch das jus expellendi; das scheint nun ein classischer Zirkel. Das Frag. 50. de jure fisci ist schon um deswillen ohne alle Bedeutung, weil bei fiscalischen Verkäufen ausnahmsweise der Käufer die Miethe aushalten soll. Wir kommen sohin direkt zu der Art, wie der Käufer den Besitz erhalten soll, ohne Concurrenz des detinirenden Pächters.

1) Soll dieses longa manu geschehen können, so würde dieses so viel heißen: der Verpächter und Verkäufer überträgt den Besitz dadurch, daß er mit dem Käufer an das Haus oder das Ackergut geht und ihm in dessen Gegenwart erklärt, er übertrage ihm den Besitz. Wenn nun auch der Pächter oder Miether im Hause und auf dem Gute wäre, wenn auch vernünftiger Weise vorausgesetzt werden muß, daß der Pächter diese Besitzergreifung, die freilich, wie Gesterding sehr naiv bemerkt, ihn vorerst nicht kümmert, wodurch er dennoch per indirectum seine Rechte verliert, nicht sehr billigen werde, daß er durchaus die Absicht nicht haben könne, vom Augenblicke an, wo er diese Handlung erfährt, nunmehr im Namen des neuen Erwerbers zu besitzen, so soll nichts destoweniger eine solche Comödie die Sache zu Ende bringen. Wir fragen: wo

hat uns das römische Recht berechtigt, ihm eine solche Farce anzudichten? Die erste und ursprüngliche Entstehungsart des Eigenthums ist die Occupation, sie erfordert die Absicht eine Sache für sich als Eigenthümer zu haben dargelegt durch die Thatsache einer wirklichen Besitzergreifung, um deswillen will es auch, daß so oft Eigenthum neu entstehen soll, und diese neue Entstehung nicht durch das Gesetz oder, was mit demselben gleiche Wirkung hat, vermittelt wird, sich das körperliche Factum, das dem Eigenthumsrecht seinen Ursprung gegeben hat, wiederhole, daß sohin eine Besitzergreifung, eine körperliche Einwirkung a f die Sache stattfinden soll. So die Regel; nun sind einige Fälle herausgehoben, wo diese körperliche Handlung auf eine andere Weise vorgenommen werden kann, als durch ein unmittelbares Einwirken, jedoch wird immer vorausgesetzt, daß dem augenblicklichen körperlichen Einwirken kein Hinderniß entgegensteht. Der Fall, der uns zunächst berührt, ist der, den uns Celsus im 23. Buche seiner Digesten erzählt [11]).

> Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum *attigerit;* aut vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret, *vacuam* se tradere *possessionem* dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Daß das bloße sagen, man übergebe eine possessio als vacua, wenn sie auch dieses nicht ist, von keiner Be-

---

[11]) Frag. 18. §. 2. dig. de poss.

deutung sein kann, bedarf wohl keines Beweises; es muß sohin, wenn die Tradition longa manu geschehen soll, wirklich possessio vacua sein. Ist dieses der Fall, wenn ein Detentor vorhanden ist? Wir können mit Texten in der Hand diese Frage verneinen. Javolenus im 12. Buche seiner Briefe [12]) sagt uns:

> Pecuniam, quam mihi debes aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat, *nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda etc.*

Und noch deutlicher, wo möglich, spricht Paulus im 5. Buche ad Sabinum [13])

> vacua possessio emptori tradita non intelligitur si alius in ea legatorum fideire commissorum servandorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideant.
>
> Item dicendum est si venter in possessione est.

Ebenso textuell ist uns in einem Rescript von Diocletian und Maximianus [14]) gesagt, daß, wo eine possessio nicht vacua übergeben ist, auch kein Eigenthum übergehe. Wir brauchen aber alle diese Hülfstexte nicht, schon in der Stelle, die uns die Tradition langer Hand angiebt, liegt das Räthsel deutlich gelöst. Wenn eine von

---

12) Frag. 79. D. de solut.

13) Frag. 2. §. 1. D. de act. emp. vend.

14) Const. 8. Cod. de act. empt.

mir erkaufte bewegliche Sache auf mein Geheiß in mein Haus gebracht wird, so besitze ich die Sache, obschon ich dieselbe nicht berührt habe, weil mir Niemand wehren kann, diese physische Herrschaft augenblicklich auszuüben. Wenn von nahem Thurme herab mir Jemand das erkaufte Grundstück nachweist, und erklärt, daß er den Besitz aufgebe, so soll es gerade so gehalten sein, als wenn ich den Fuß auf die Besitzung gesetzt hätte, weil ich ganz nahe daran diese wirkliche Besitzergreifung augenblicklich vornehmen kann. Daraus folgt für unsern Fall, daß, wenn der Pächter verbunden ist, die reelle Besitzergreifung zu gestatten, auch eine Tradition langer Hand vor sich gehen kann, sohin Alles auf die Frage ankömmt, ob derselbe hiezu verbunden ist, mit andern Worten, es ist klar, daß die Tradition langer Hand auch hier keine juristische, sondern ganz so, wie im Falle, wo eine Verpachtung nicht statt fand, nur eine factische Erleichterung darbietet. Dieser Umstand ist, so weit uns die bis herige Literatur bekannt ist, unerwogen geblieben.

2) Es soll aber auch für den Pächter die Verbindlichkeit vorhanden sein, die reelle Besitzergreifung, wie Gesterding sich ausdrückt, nicht zu hindern, mit andern Worten, der Pächter soll es zugeben müssen, daß der Eigenthümer mit dem neuen Käufer auf sein Pachtgut zum Zwecke der vorzunehmenden Tradition komme, oder sogar der Käufer allein, wenn er aus Auftrag des Eigenthümers kömmt. Ob dieser Satz im Allgemeinen richtig ist, das wird sich weiter unten finden. Wir raisonniren jetzt in der Hypothese, daß der Käufer, bevor er Eigenthümer geworden, durchaus in keinem Verhältnisse zum Pächter stehe,

daß der Verkauf als solcher auch das Vertragsverhältniß zwischen Pächter und Verpächter nicht alterirt; die Verbindlichkeit, den Verpächter auf das Gut zu lassen, müßte sohin schon im Allgemeinen im Pachtvertrag liegen; wo findet sich aber diese Verbindlichkeit für den Pächter? Anschaulicher wird die Sache bei dem Miether; wenn dieser ein ganzes Haus gemiethet, vom Vermiether die Schlüssel erhalten hat, hat er nicht, kraft seines Vertragsrechts, sogar die Befugniß, sich jeden Besuch seines Hauseigenthümers höflichst oder unhöflichst zu verbitten? Allerdings gab es von jeher Juristen, welche in Betreff unseres Rechtssatzes unterschieden zwischen Pacht und Miethe, ohne jedoch einen innern Grund des Unterschieds anzugeben; man bezog sich vielmehr auf ein Rescript von Antoninus [15]), in welchem von der Auflösungsart des Miethvertrags durch Verkauf nichts gesagt ist; daß aber ein solches Argument nicht stichhaltig ist, ist in die Augen springend; zum Ueberfluß spricht Gaius in der bekannten Pandectenstelle [16]) von einem fundus fruendus und einer habitatio.

3) Von Savigny, dessen Theorie über den Besitz lange Zeit in dem Olymp der Theoretiker und auf der Unterwelt der Praxis das Scepter allein führte, behandelt unsere Frage nur im Vogelflug. Er will hier ein constitutum possessorium, daher eine traditio brevi manu eintreten lassen. Nachdem er im Texte [17]) über dieses Institut bemerkt, daß der Vertrag, wodurch der Uebergang des Eigenthums bestimmt wird, z. B. der Kauf, von dem constitutum

---

[15]) Const. 3. Cod. loc.

[16]) Frag: 25. §. 1. D. loc.

[17]) v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Auflage, S. 371.

sehr verschieden sei, daß in diesem die Bestimmung liege, daß der bisherige Besitzer Repräsentant eines fremden Besitzes sein wolle, daß diese Bestimmung nicht im bloßen Kauf liege, noch überhaupt angenommen werden könne, wenn sie nicht ausdrücklich erklärt worden oder aus andrer Erklärung nothwendig folge, daß aber, wo eine solche Erklärung ausdrücklich gemacht worden sei, daß der bisherige Besitzer nur noch fremden Besitz verwalten wolle, die Sache keinen Zweifel habe, fügt er in der Note 1 hinzu: „Wenn aber die Bedingungen eines constituti vorhanden sind, so ist es gleichgültig, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst hat, oder ob ein Dritter diese für ihn verwaltet. Wenn also der Besitzer eines Hauses dasselbe vermiethet hat, so kann er mir durch constitutum den Besitz eben so wohl übertragen, als wenn er es selbst bewohnte.“ Dieser so ohne weiters hingestellte Satz hätte doch unserer Ansicht nach eines vollständigen Beweises bedurft. Es ist etwas ganz Natürliches, daß, wenn ich eine Sache bis jetzt animo et corpore besessen, und ich nunmehr durch Kauf und Pachtung, oder Commodat, oder Depositum anfangen will, nomine alieno zu besitzen, ich nicht erst aus dem Besitz zu treten, und dann denselben zu übernehmen habe, daß vielmehr durch eine bloße Willenshandlung ich nunmehr die Detention für einen Andern habe. Was hat aber dieser Fall für eine Analogie mit jenem, wo ich bis hierher selbst die Detention nicht habe? Ich besitze, weil der Miether für mich besitzt, der Miether prästirt mir sein Ministerium; prästirt er es auch zu seinem eigenem Nachtheil meinem Nachfolger? läßt sich im Allgemeinen eine solche Gutmüthigkeit unterstellen? Das hätte, dem Herrn von

Savigny unvorgreiflich, eines Beweises bedurft. Die einzelnen Fälle, welche sich in unserer Gesetzsammlung befinden, unterstellen alle, daß das corpus des Besitzes sich bei dem befinde, der von jetzt an nomine alieno besitzen will; deutlich scheint es aber eine Stelle aus Celsus im 23. Buch seiner Digesten zu sagen [18])

> Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem *ministerio meo* facio; nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat *ministerium*.

Abgesehen davon, daß es aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle hervorgeht, daß mit dem Ausdruck suo nomine possidere das Verhältniß bezeichnet wird, wo corpus und animus sich zusammen findet, wird hier von einem ministerium praestare gesprochen. Welchen Dienst soll der Vermiether und Verkäufer dem Käufer nach ausdrücklich erklärtem constitutum leisten? etwa immer daran zu denken, daß der Detentor von nun an für den Käufer detiniren solle? Wir brauchen uns daher gar nicht auf die oben schon angeführten Stellen zu beziehen, wonach jede Besitzübertragung eine vacua possessio voraussetzt, das Bestehen einer Detention aber eine solche unmöglich macht, und nur die Einwilligung des bisherigen Detentors, möge er den juristischen Besitz mit der

[18]) Frag. 18. princ. D. de poss.

Detention verbinden oder nicht, bald allein, bald mit Zustimmung des civilis possessor eine solche vermittelt. Wir nehmen daher ein constitutum possessorium an, wenn nach geschehenem Verkaufe mit Einwilligung des Verkäufers der Pächter für den Erwerber detinirt, er prästirt nunmehr diesem sein Ministerium; wir hielten es aber für eine Aufhebung der Grundidee des römischen Rechts, traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, wenn durch bloßen Verkauf einer vermietheten Sache, welche rein überflüssige und zu einer Notariatsclausel ohne Sinn herabfallende Erklärung auch damit verbunden werde, Besitz und folgeweise Eigenthum übergehen sollte.

§. 3.

Ist es uns gelungen, die mechanischen Schwierigkeiten klar nachzuweisen, auf welche die dem Anscheine nach jetzt herrschende Theorie stößt, so wird die Sache nicht minder verwickelt, wenn wir die Rechtsmittel durchgehen, welche dem Käufer zustehen sollen, um den Pächter auszutreiben. Abgesehen von den Mitteln der Privatgewalt, die man hier auf die Ausdrücke: expellère, repellere, die sich in einigen Stellen des römischen Rechts finden, gestatten will, während doch der Gedanke, daß jede Selbsthülfe und jede Eigenmacht verboten sei, und Rechtshülfe nur durch den Richter erreicht werden dürfe, durch das ganze Rechtssystem geht, zählt man gewöhnlich folgende auf: 1) die rei vindicatio, 2) die publiciana in rem actio, 3) die possessorischen Interdicte uti possidetis und utrubi,

4) eine condictio sine causa, 5) eine condictio ex lege, nämlich ex const. 9. cod. loc., und in wahrer Verzweifelung, als reichten die vielen Mittel nicht aus, kömmt noch hie und da eine imploratio officii judicis hinzu, und man wälzt sich den Stein vom Gewissen, indem man zur Selbstbeteubung hinzufügt: heute komme es auf den Namen der Klage nicht mehr an, jedem Rechte müsse auch ein Rechtsmittel zur Seite stehen; als wenn es in Rom Rechte ohne Rechtsmittel und Rechtsmittel ohne Rechte gegeben hätte, und die Frage nach dem Rechtsmittel neben der processualischen Form nicht eine tiefere materiellere Bedeutung hätte! Soll es mit diesen gehäuften Rechtsmitteln nicht so stehen, wie mit den vielen Heilmitteln in der Medizin, die gewöhnlich alle nichts taugen?

Gehen wir dieselben einzeln durch.

1) Werden die petitorischen Mittel geltend gemacht, ehe Eigenthum auf den Käufer überging, dann können dieselben nur ex persona auctoris erhoben werden, und dann ist nicht einzusehen, warum dem Beklagten nicht dieselbe Einrede aus dem Vertrag gegeben werden soll, die auch gegen den auctor zusteht; die actiones könnten in dieser Hypothese nur actiones mandatae sein, der Käufer nur als procurator in rem suam auftreten, und es bedarf keiner sonderlichen Begründung, daß sich ein solcher procurator alle Einreden seines Autors gefallen lassen müßte. Wenn aber diese Mittel proprio jure geltend gemacht werden, dann stoßen wir wieder auf die Schwierigkeit, die im Vorhergehenden erörtert worden.

2) Nicht anders steht es mit den possessorischen Mitteln. Wir abstrahiren hier mit Vorsatz von den Stellen

in unsern Quellen, die dazu dienen sollen, die von uns versucht werdende Behauptung zu rechtfertigen; auch hier stellt sich dieselbe Schwierigkeit dar [19]), so lange der Käufer den Besitz noch nicht erworben hat, kann er ex persona sua weder eine Besitzstörung noch eine Besitzentsetzung erleiden, und ex persona auctoris wird sich die Sache wieder um die Vertrags- und nicht um die Besitzfrage drehen.

3) Die condictio sine causa kann nur als Hohn gegen die Rechte des Pächters angerufen werden, der doch wohl ex justa et rationabili causa detinirt, und die condict. ex lege 9 cod. loc. ist ein Nothbehelf, den man nie hätte gebrauchen sollen. Von der condictio ex lege sagt uns Paulus in seinem zweiten Buche ad Plautum [20]).

> Si obligatio *lege nova* introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum.

Das Ganze kann daher nur auf die Prozeßform bezogen werden, und wenn die Stelle bei Paulus mit der condictio wirklich im Zusammenhange steht, so kann nur gesagt sein, daß da, wo durch eine lex, also jetzt auch durch eine Rechtsquelle, was dieser gleichsteht, eine Obligation begründet werde, die Proceßform der condictio angewendet werden solle. Da für uns alle Stellen des römischen Rechts wahre leges sind, so könnten wir, streng genommen, jede einzelne Klage eine condictio ex lege nennen; unsere Aufgabe ist aber, das römische Recht als römisches Recht

---

19) Frag. 12. Frag. 18: D. de vi. Frag. 20. D. de poss.
20) Tit. Dig. de condictione ex lege.

aufzufassen, und da wird Niemand in einem Rescript von Alexander Sever, das einen Rechtssatz aussprach, den die römischen Juristen gar nicht bezweifelten, eine lex nova finden.

Eigenthümlich ist wieder die Darstellung von Gesterding [21]). Nachdem derselbe nachgewiesen, wie es leicht sei, ohne weiters wider Willen des Pächters den Käufer in den Besitz zu setzen, ihm daher das dingliche Recht zu übertragen, fährt derselbe fort: „Sobald der Käufer zum Besitz gelangt ist, wozu durch die missio in possessionem nur der Anfang gemacht ist, ist die Uebergabe vollendet — und damit der erste Actus beendigt."

„Jetzt ist es um den Pächter geschehen. Wider Willen des neuen Erwerbers ist seines Bleibens auf dem Grundstück lange nicht. Bliebe der Pächter nach der — freiwilligen oder erzwungenen — Uebergabe noch auf dem Grundstück und wollte nicht weichen, so geht eine zweite Handlung in diesem Schauspiel an. Der Verkäufer ist vom Schauplatz abgetreten, und es erhebt sich ein Kampf zwischen dem Käufer und dem Pächter. Der Käufer und jetzige Besitzer sucht ihn, wie sehr er sich auch sträuben mag, wie einen überlästigen Gast mit Hülfe des interdicti uti possidetis aus dem Grundstück zu entfernen.... und der Pächter kann in allen diesen Fällen nicht einwenden: „„die Sache ist mir verpachtet, und ich habe ein Recht in Ansehung dieser Sache, vermöge dessen ich hier wohnen und sie benutzen darf, ich habe Dich folglich nicht widerrechtlich im Besitz gestört, noch Dich des Besitzes

---

[21]) A. a. O., S. 260.

widerrechtlich entsetzt"" u. s. w. Denn jener Vertrag ist mit einem Dritten geschlossen, und dieses Recht ein persönliches, welches dem dinglichen weichen muß."

Sollte man, wenn man eine solche Sprache liest, nicht am Rechte verzweifeln, und dasselbe nicht eher für ein Vademecum der Kniffik und Pfiffifik, als für die Kunst des Guten und Edlen — ars boni et aequi halten?

§. 4.

Würde aber auch alles bis jetzt Entwickelte nicht begründet sein, so könnte uns die schon oft characterisirte Lehre immer nur unbefriedigt lassen.

1) Angenommen, es wäre auf eine oder die andre Weise kurzer oder langer Hand möglich, den neuen Erwerber in den Besitz zu setzen, obschon der Pächter die Sache in Detention hat, und zugegeben, daß, wenn dieses vollbracht ist, der Pächter den petitorischen so wenig als den possessorischen Mitteln desselben aus seinem Vertrage eine Einrede opponiren kann, so giebt uns diese ganze Lehre über die eigentliche Frage: ist der Vermiether berechtigt, trotz der Miethe über die Sache so zu verfügen, daß der neue Erwerber augenblicklich die reelle Benutzung der Sache erhalten könne? keinen Aufschluß. Setzen wir einen redlichen, braven Mann, der auf keine Weise und um keinen Preis vertragsbrüchig handeln möchte, der ein Haus auf längere Zeit vermiethet hat, und dem sich eine Gelegenheit darbietet, dasselbe gut zu verkaufen; der Käufer braucht aber dieses Haus alsbald während der Miethzeit. Dieser Mann geht nun znm Rechtsconsulenten, und stellt

ihm die angegebene Frage; wie wird ihm dieser nach der gegebenen Theorie antworten? Das Recht, müßte er ihm sagen, hätte er nicht; sein Vertrag verbinde ihn absolut, dem Miether seine Zeit auszuhalten; aber das dürfe ihn dennoch nicht hindern, den für ihn vortheilhaften Verkauf abzuschließen; das geschriebene Recht erleichtere ihm den Vertragsbruch, er solle nur kurzer oder langer Hand den Besitzübertrag vornehmen und dann den Erwerber zu ihm schicken; da wisse er Hülfe. Der Pächter würde zwar eine Entschädigungsklage anstellen, doch könne er nur ein Unbedeutendes fordern, und gegen diese lästige Anforderung gebe die Prozeßordnung auch manches Mittelchen. Der Fragende wird diesem Consulenten antworten: nach Mitteln habe er nicht gefragt; das wisse er, daß das sogenannte Recht gar viele Mittel hätte, um dem wirklichen Recht aus dem Wege zu gehen; er wolle wissen, zu was er befugt sei, zu was ihn sein Vertrag berechtige; und da müßte die Antwort ausfallen: dann dürfe er nicht verkaufen, und dennoch soll Kauf Miethe brechen!

2) Wenn es wirklich richtig wäre, daß erst durch die Tradition, also dadurch, daß beim neuen Erwerber die Eigenschaft des Käufers schwinde und jene des Eigenthümers hervortrete, gegen den Pächter operirt werden könne, so wäre es unserer Ansicht nach sehr auffallend, daß nicht nur die hier einschlägigen Quellenzeugnisse von einer solchen geschehenen Tradition durchaus keine Erwähnung thun, sondern überall den Käufer und den Kaufvertrag bezeichnen. Solche Ungenauigkeiten sind mindestens in den Quellen äußerst selten, und in unserem Falle nehmen wir dieselbe ohne alle Prüfung an! Die const. 9

loc. sagt: *emptorem* quidem fundi necesse non est stare colono. Gaius drückt sich im 10. Buche zum Provincialedict [22]) so aus:

> Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes *vendat*, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Noch deutlicher spricht Paulus im 3. Buche seiner Rechtssentenzen:

> Sed ad exemplum *venditionis* . . . potest usufructuarius conductorem repellere.

Will man aber den vollständigsten Beweis haben, daß der Pächter sogar auf Befehl des Verpächters dem Käufer den Besitz räumen muß, es sohin gar nicht darauf ankömmt, ob der Käufer schon den Besitz habe oder nicht, so lese man folgende Stellen ohne vorgefaßte Meinung, Stellen, die allerdings bei mancher bisherigen Behandlung unseres Rechtssatzes zu bedeutenden Verlegenheiten Veranlassung gaben,. Papinian im 26. Buche seiner Quästionen [23]) sagt:

> Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emptorem *in vacuam possessionem* ire, quem colonum intrare prohibuit, postea emptor vi colonum expulit, interdictis unde vi, quaesitum est; placebat colonum

[22]) Frag. 25. §. 1. D. loc.
[23]) Frag. 18. D. de vi.

interdicto venditori teneri, quia nihil interest ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit, *neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset.*

Der Fall ist der, der Verkäufer und Verpächter befahl dem Pächter, dem Käufer das Gut zu räumen; anders ließe sich nicht sagen in vacuam possessionem ire, der Käufer meldet sich in Folge dieses Befehls bei dem Pächter, der Letztere fügt sich nicht, nachher braucht aber jener Gewalt. Der Jurist schreibt dem Verpächter das Interdict zu, weil dieser den Besitz nicht eher verloren habe, bis dem Käufer wirklich tradirt worden; er bemerkt, daß der Umstand, daß der Verkäufer erklärt habe, der Käufer solle besitzen, durchaus nicht berücksichtigt werden könne, weil man nicht unterstellen dürfe, daß der Verkäufer so auf den Kopf gefallen wäre, daß er den Besitz aufgeben wolle, ehe ihn der Käufer erhalten hätte. Zwei Sätze scheinen uns mit strenger Consequenz aus diesem Raisonnement zu folgen: erstens daraus, daß der Jurist gar keine Widerlegung gegen den Einwurf nöthig erachtet, warum nicht durch die bloße Erklärung des bisherigen Besitzers an den bisherigen Pächter, dem Erwerber das Gut zu räumen, und an diesen diese Räumung anzunehmen, eine Besitzübertragung vom bisherigen Eigenthümer auf den Käufer Statt gehabt habe. Wie verträgt sich dieser Umstand mit der Tradition kurzer Hand und dem constitutum possessorium des Hrn. v. Savigny? Denn da müßten

die Römer außerordentliche Wortklauberei getrieben haben, wenn sie in solchen expressiven Hergängen nicht so viel gefunden hätten, als wenn der bisherige ideelle Besitzer erklärt hätte, er wolle von jetzt an die Idee des Besitzes für den neuen Erwerber hegen. Zweitens, daß der Satz seine Richtigkeit hat, den wir oben ausgesprochen haben, daß, so lange der Pächter im Gute ist, von einer Besitzübertragung, daher von einem Uebergang des Eigenthums auf den neuen Erwerber nicht die Rede sein kann. Dagegen folgt aus diesem Fragment allerdings noch nicht, daß der Pächter verbunden sei, den neuen Erwerber aufzunehmen, weil die Stelle eben so gut vom Falle verstanden werden könnte, wo nach beendigter Pachtzeit verkauft wurde.

Nehmen wir aber die Aeußerung des Marcellus aus dem 19. Buche seiner Digesten [24]) zur Hand, die also lautet:

> Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit, deinde colonus vi ab alio dejectus, quaerebatur, quis haberet interdictum: unde vi? Dixi, nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstric-

[24]) Frag. 12. D. de vi.

tum fore, quem dejecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit: *nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset.*

Daß es eine justa et probabilis causa für den Pächter ist, dem Eigenthümer das Gut nicht zu räumen — denn daß der Ausdruck: ingredi so viel heißt, als förmliche Ausbietung des Pächters, kann nicht bezweifelt werden [25]); hier bedeutet ingredi, was im Frag. 20. intrare heißt, und intrare soll der Vollzug des jussus sein: emptorem in vacuam possessionem ire — wenn die Pachtzeit noch nicht abgelaufen ist, ist klar; wir kommen daher zu dem Resultate, daß entweder unser ganzer Satz unwahr ist, oder daß die Verbindlichkeit für den Pächter besteht, den Käufer aufzunehmen, gleichgültig, ob der Vertrag abgelaufen ist, so wie er den Eigenthümer aufnehmen muß, nach Ablauf des Vertrags; daß es also auf einen schon vollzogenen Eigenthumsübertrag gar nicht ankömmt. Da Ersteres mit den präcisesten Texten nicht in Einklang zu bringen ist, so halten wir die zweite Alternative für die allein richtige.

§. 5.

Unsere Ansicht besteht sonach darin: die Römer gingen von dem Grundgedanken aus, daß derjenige, der eine

---

[25]) cf. Frag. 25. §. 2. D. de poss., Const. 3. Cod. de pignor. et hypothec., Frag. 8. D. pro legato.

Sache verpachtet, vermiethet oder verleiht, sich dadurch das Recht nicht vergiebt, im Falle sich eine Gelegenheit zur Veräußerung darbietet, diese Gelegenheit zu benutzen, vorausgesetzt, daß er den Pächter, Miether oder Leiher entschädigt, nämlich ihm das damnum emergens und lucrum cessans erstattet, das er erleidet, ihm respective entgeht, weil die Verträge nicht ausgehalten werden, und zwar nicht auf den allgemeinen Grundsatz gestützt, daß jede Obligation, die auf ein Thun gerichtet ist, sich bei ihrer Verletzung in eine Entschädigungsverbindlichkeit auflöst — dieser Satz hat, wie bekannt, im römischen Formularprozeß seinen Grund[26]), und geht man noch weiter, im römischen Executionsverfahren, das nur geeignet war, eine Geldschuld zwangsweise zur Erfüllung zu bringen[27]) — sondern weil es für ein Naturale des Verpachtungsvertrags gehalten wurde, daß die Veräußerung nichtsdestoweniger gestattet, und im Falle eine Veräußerung vorgenommen werde, die Sache sich in der Vertragserfüllung, nicht aber in der Vertragsverletzung in eine Entschädigungsverbindlichkeit umgestalte. Um vorerst ein Resultat aus dieser Ansicht zu ziehen, sagen wir der Pächter ist aus seinem Vertrage verbunden, dem Käufer das Gut zu übergeben, und diese

---

[26]) Gaius IV. Com. §. 48.

[27]) Es versteht sich von selbst, daß wir hier nicht zu erörtern haben, wie mindestens bei Realklagen die Sache sich allmählig anders gestaltet hat, so wenig, wie die Frage: ob auch bei dem Obligationsrecht eine Modification eingetreten ist, noch weniger aber, welchen Einfluß der Grundsatz auf unsere heutige Rechtssprechung habe.

Contractsklage kann der Verkäufer und Verpächter selbst eben so gut anstellen, wie der Käufer actioni utili oder als procurator in rem suam. Wenn wir von dieser Klage in unsern Quellen vielleicht nur eine Spur finden, so kann der Grund darin liegen, weil hier, wenn nach vorausgegangener Prohibition der Pächter dem sich darstellenden Verkäufer zur Einführung des Käufers, oder diesem versehen mit dem jussus, das Gut nicht räumt, das interdictum undi vi weit bessere Dienste leistet, als die Vertragsklage, und umgekehrt, dieselbe Einreden gegen das Interdict zulässig sind, wie gegen die Klage aus dem Vertrage. Das Interdict als summarische Proceßart[28]) paßt auch in solchen Sachen viel mehr, als der regelmäßige ordo judiciorem, wobei es vor einer längeren Procedur zu keinem richterlichen Befehl in der Sache selbst kommen konnte.

Schon an und für sich hätte eine solche Ansicht von dem Miethvertrag nichts Befremdendes; setzt doch Antoninus schon als einen bekannten Grundsatz voraus, daß der Eigenthümer dem Miether eines Hauses ohne weiters aufkündigen dürfe, wenn er dasselbe selbst brauche[29]).

---

[28]) Auch diesen bekanntlich bestrittenen Punkt lassen wir, wie natürlich, unerörtert; nur im Vorübergehen soll bemerkt werden, daß in jeder Prozeßordnung in Summarität des Verfahrens in der Art der Einleitung liegt. Der erste Angriff muß streng sein, um möglicher Weise die Verschleppung, die schon im Prozeßgange liegen könnte abzuschneiden; läßt der Angegriffene die Sache weiter kommen, chicanirt er, so ist dieser Mißbrauch schwer zu beseitigen; aber er thut es auf seine Kosten, während der ordinäre Prozeß schon ohne weiters die Entscheidung hinhält.

[29]) Const. 3. Cod. loc.

Wir wollen aber, ehe wir in der Entwicklung der Resultate unseres aufgestellten Princips weiter gehen, dasselbe näher zu begründen suchen.

Wir finden, zwar nicht als Princip, jedoch in zwei Anwendungen, einen Satz und einen Gegensatz im römischen Rechte ausgesprochen, die beide uns in unserer Materie als Leiter dienen. Wenn Jemand durch Vertrag einem Andern gegenüber verbunden ist, eine Sache nicht weiter zu veräußern, so hat er nunmehr das periculum derselben nicht mehr zu tragen; dieses geht vielmehr auf den Mitcontrahenten über. Wir halten diesen Satz für billig, indem dem Obligirten anders die Möglichkeit genommen ist, die Gefahr der Sache von sich abzuwenden, während umgekehrt der Berechtigte dieses durch weitere Veräußerung bewirken kann. Angewendet ist bekanntlich dieser Grundsatz beim Kauf und Verkauf, wo das periculum mit dem perfecten unbedingten Verkauf auf den Käufer übergeht, nach unserer Ansicht auch bei den Innominatverträgen, vom Augenblicke an, wo sie für den bisherigen Eigenthümer bindend sind [30]). Der Gegensatz lautet: So oft Jemand durch schuldvolle Nichterfüllung einer Vertrags- oder Proceßverbindlichkeit den Berechtigten an der Veräußerung, daher daran, daß er das periculum rei von sich abwende, hindert, hat der Nichterfüllende das periculum zu tragen. Für diesen Gegensatz ist uns der Gesichtspunkt in den Quellen sogar ausdrücklich angegeben [31]).

---

[30]) Vangerow, Leitfaden, III. S. 218.

[31]) Frag. 14. §. 11. D. Quod metus causa, verb. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus*

Wenden wir nunmehr das Ergebniß des Satzes und des Gegensatzes näher auf unseren Gegenstand an, so sagen wir: entweder müßte durch den Miethvertrag das Veräußerungsrecht des Vermiethers aufgehoben sein, dann müßte auch consequent das periculum der Sache während der Dauer der Miethzeit auf den Miether übergehen, oder umgekehrt, diese Gefahr geht nicht über, dann müssen wir auch dem Vermiether das Veräußerungsrecht lassen. Ersteres würde aber mit der Natur des Miethvertrags schon im Allgemeinen nicht übereinstimmen, weil es ganz erorbitant wäre, daß derjenige, der doch eigentlich nur ein sehr unbedeutendes Recht in Bezug auf die Sache hat, den casus übernehmen sollte; bei ihm müßte das periculum auch bleiben, da er nicht weiter veräußern könnte. Es ist sohin eben so natürlich als gerecht, daß umgekehrt dem Vermiether die Veräußerung erlaubt bleibt, wenn er den Pächter entschädigt.

An diesen Gedanken knüpft sich die Lehre von der remissio mercedis an, und umgekehrt unterstützt diese Lehre den

---

fuit, si vim passus non esset. Frag. 15. §. 3. Dig. de rei vind. verb. Sed est verius, si forte *distracturus erit petitor*, si accepisset moram passo debere praestari, nam si ei restituisset, *distraxisset*, et pretium esset lucratus. Frag. 47. §. 6. Dig. de leg. I. Item si Fundus Chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi; quod ita verum est, si non post moram factam id venerit, potuit enim eum acceptum legatarius *vendere*. Es ist uns diese letzte Stelle um so willkommener, weil sie den Satz auch von einem praedium rusticum aufstellt, das der Gefahr des Untergangs nicht so sehr ausgesetzt ist, als eine bewegliche Sache oder ein praedium urbanum.

aufgestellten Gesichtspunkt; denn wenn der Verpächter sogar die Gefahr der Früchte tragen muß, wenn sohin der ganze Pachtvertrag sich darauf reducirt, daß der Verpächter, wenn es Früchte giebt, für sein Capital eine Rente erhält, wäre es nicht hart, ihm das Dispositionsrecht zu nehmen?

§. 6.

Ist die aufgestellte Ansicht richtig, so lassen sich daran eine Reihe von Folgen knüpfen.

1) Der Käufer kann den Pächter oder Miether ausbieten, ohne Rücksicht, ob er schon Eigenthum erworben oder nicht. Ersteres ist nach unserer Ansicht in der Regel unmöglich. Da aber ein Rechtsverhältniß zwischen Pächter und Käufer nicht besteht, so hat Letzterer nur ein Klagerecht ex jure cesso. Das Rechtsmittel ist entweder das interdictum unde vi, welches der Käufer als procurator in rem suam ex persona auctoris anstellen kann, wenn er sich auf Anweisung des Vermiethers präsentirte, um Besitz zu ergreifen, und man ihm dieses weigerte, oder die Contractsklage, actio locati, indem der Vertrag den Pächter verbindet, sobald sein Recht der Benutzung aufhört, den gepachteten Gegenstand zu restituiren, und dieses Recht hört auf, wenn der Verpächter über die Substanz disponirt, ganz so, als wenn er den vermietheten Gegenstand zu seinem eigenen Zwecke (usibus suis) nothwendig hat. Der Contractsklage aber sowohl als dem Interdicte kann eine exceptio doli entgegengesetzt werden, wenn eine justa et rationabilis causa vorhanden ist. Wo eine solche vorliegt, hat der Pächter

das jus retentionis. Der Satz selbst ist ausgesprochen in dem schon angeführten Frag. 12. Dig. unde vi, und ferner Frag. 20. Dig. de poss., freilich nur in Bezug auf das Interdict; ist aber ex justa et rationabili causa der Pächter berechtigt, dem die Räumung verlangenden Vermiether den Gegenstand vorzuenthalten, so ist dadurch das Retentionsrecht anerkannt, und es liegt kein Grund vor, dieses Retentionsrecht gegen die Contractsklage nicht zuzulassen. Welche causa justa und rationabilis ist, bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen; Verwendungen, die in das Gut gemacht, Düngungen, die etwa vorgenommen wurden und die wegen des plötzlichen Abbruchs des Pachtverhältnisses nicht mehr völlig benutzt werden konnten, überhaupt Fälle, wobei es dem Pächter zu seiner Sicherheit darauf ankommen kann, daß, bevor irgend eine Veränderung vorgenommen werde, die Aufnahme der Localitäten stattfände, können hierher gerechnet werden; es muß aber dem richterlichen Ermessen auch gestattet sein, dieses Retentionsrecht auch wegen der Entschädigungsansprüche zuzulassen, die dem Pächter blos deswegen zustehen, weil er zu früh aus dem Pachtgute ziehen muß, vorzüglich im Falle, wenn die Solvenz des Verpächters schwankend ist.

Läge aber auch kein Grund zu einer Retention vor, so müßte jedenfalls der Käufer, der die Räumungsklage gegen den Pächter anstellte, sich auch auf den in der Widerklage vorzubringenden Entschädigungsanspruch einlassen, weil der Schuldner nie darunter leiden darf, wenn die Person seines Gläubigers ohne seinen Willen wechselt [32]).

---

[32]) Die Schwierigkeiten, welche Frag. 33. §. 5. Frag. 34.

2) Die Regel leidet eine erste und bekannte Ausnahme, wenn der Verkäufer dem Käufer die Verbindlichkeit auflegt, den Pacht und Miethvertrag zu achten. Außer dem Frag. 25. §. 1. Dig. loc. kömmt hier das bekannte Rescript von Antoninus in Betracht [33]):

> Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi *ea lege* emit; verum si probetur, *aliquo pacto consensisse*, ut in eadem conditione maneat, quamvis *sine scripto bonae fidei judicio* ei quod placuit parere cogetur.

Diese Constitution umfaßt zwei Fälle, in welchen der Käufer den Pachtvertrag auszuhalten hat; der eine, si ea lege emit, wenn nämlich gleich bei'm Abschluß des Geschäfts die lex venditionis, die Stipulation, ut emptori habere liceat, so abgefaßt ist, daß der Käufer die Sache erst nach abgelaufener Pachtzeit erhalte. In diesem Falle

---

70. de proc. et defens. verglichen mit Const. 14. Cod. de sent. et interlocut. darbieten, sind bekannt; daß aber derjenige, der aus einem zweiseitigen Geschäft procuratoris nomine eine Klage erhebt, auch das contr. judic. übernehmen müsse, scheint uns nicht zweifelhaft. Wo die actio contraria nur eine Compensation bezweckt, ist die Sache einfach; wo aber auch eine solche nicht Platz greift, und die Sache nur durch eine Condemnation erledigt werden kann, müssen unsrer Ansicht nach, wenn der procurator in rem suam sich derselben nicht unterwirft, und der Cedent nicht vorzieht, selbst am Processe Theil zu nehmen, die actiones denegirt werden; in unserer Proceßsprache ausgedrückt: der Beklagte kann die Einlassung weigern, bis er in dieser Beziehung befriedigt ist.

[33]) Const. 9. Cod. loc.

liegt der Grund offen, der Käufer könnte sich, wie wir in unserm Processe die Sache ausdrücken würden, gar nicht ad causam legitimiren, die lex venditionis ist sein Procuratorium; in derselben ist ihm aber die Räumungsklage gar nicht abgetreten. Wenn aber auch nicht in einer Stipulation, quamvis sine scripto, aber durch ein nudum pactum, pacto aliquo, der Käufer dem Verkäufer versprach, den Pächter unangefochten zu lassen, so soll auch dieses pactum, obschon inter alios, dem Pächter zu Statten kommen, und zwar in einem judicium bonae fidei soll der Käufer dazu angehalten werden. Von welchem judicium bonae fidei ist hier die Rede? Den Pächter können wir uns nicht als Kläger denken, seine ganze Stellung gibt ihm zur Klagerhebung keine Veranlassung; ex pacto könnte er auch keine Klage erheben; es muß sohin der Fall gedacht werden, daß der Käufer klagt und der Pächter ihm die exceptio doli ex pacto convento entgegensetzte. Nach der gewöhnlichen Ansicht könnte hier nur von einer actio in rem die Rede sein — denn an den Condictionenspuk wird heute Niemand mehr glauben —; aber eine actio in rem ist kein judicium bonae fidei [34]); das judicium bonae fidei, von welchem hier die Rede ist, ist sohin die actio locati, die der Käufer auf Räumung anstellte, die bekanntlich bonae fidei ist [35]), und hier hätten wir daher eine Spur für die Richtigkeit unserer Ansicht; die Stelle würde nämlich sagen, im judicium über die

34) Frag. 5. pr. §. 4. D. de in litem jurando. v. Savigny, Band V. S. 471.

35) Gaius l. c.

utiliter oder per mandatum actionum vom Käufer angestellte actio locati muß der Käufer auf die ihm aus einem Pactum mit dem Verkäufer opponirt werdende exceptio doli weichen. Für unser praktisches Recht hätten wir das Resultat, daß, wenn der Käufer dem Verkäufer entweder bei'm Abschluß des Vertrags oder auch später in einem nachträglichen Pact die Beachtung des Pachtvertrags zur Verbindlichkeit macht, dem Pächter aus einem solchen Abkommen das Recht, sich in seinem Vertragsverhältnisse zu erhalten, erwachse, und zwar schon aus dem ganz natürlichen Grunde, weil, wo der Verpächter Gelegenheit gefunden hat, sich des *periculum rei* ohne Verletzung des Pachtrechts zu entledigen, kein Grund zu Alterirung jenes Verhältnisses vorliegt.

Es schließt sich hier natürlich die Behandlung der Frage an: Wie es mit den Verbindlichkeiten des Pächters im Falle des Verkaufs des verpachteten Gutes stehe?

Es sind hier zwei Hauptfälle zu unterscheiden.

I. Hauptfall. In der lex venditionis wird für den Fortbestand des Pachts Sorge getragen, und zwar

a) der Art, daß im Kaufvertrag bemerkt ist, daß dem Pächter der Genuß während der Pacht- oder Miethzeit gestattet sei, ohne daß dem Käufer auch das Recht aus dem Pachte übertragen ist; hier wird die Sache so behandelt, als wenn ausdrücklich bemerkt wäre, daß alle Rechte, welche der Pächter oder der Miether kraft seines Vertrags hat, gar nicht mit verkauft, vielmehr aus demselben eximirt seien. Daß der Käufer dann kein Recht

hat, den Pächter auszubieten, versteht sich von selbst; es ist schon oben bemerkt, es fehlt ihm in einem solchen Falle die Sachlegitimation. Ebensowenig hat er ein Recht, den Pachtpreis einzufordern, dieses Recht ist dem Verkäufer reservirt; daß aber auch dann der Pächter seinerseits den Vertrag aushalten müsse, sollte unseres Dafürhaltens nicht bezweifelt werden. Dem Pächter wird in diesem Falle von Seiten des Verpächters der Vertrag vollständig erfüllt; er bleibt im Genusse seines Pachtrechts durch die Fürsorge seines Mitcontrahenten, der geschehene Verkauf ist ein actum inter alios; und wenn selbst unsere Ansicht irrig wäre, und dem Käufer longa oder brevi manu Eigenthum übertragen wurde, so würde sich dennoch immer die Sache so gestalten, als wenn eine res aliena mit Einwilligung des Eigenthümers von einem Dritten verpachtet würde; wer würde dem Verpächter in einem solchen Falle das Klagrecht versagen? Der Pächter kann allerdings während dieser Zeit Degradationen an den gepachteten Grundstücken vornehmen, dem Verpächter könnte man das Klagrecht versagen, weil er an der Substanz der Sache kein Interesse mehr hätte, und der Käufer hätte wieder keine Klage, mindestens im Falle, wo noch kein Eigenthum übergegangen ist — was wir als den regelmäßigen Fall ansehen —, weil ihm keine Rechte aus dem Pachtvertrag übertragen sind. Indessen führt folgende Betrachtung zu einem andern Resultate: Der Verkäufer ist seinem Käufer ex vendito verbunden, ihm den verkauften Gegenstand in dem Zustande zu tradiren, in welchem derselbe sich zur Zeit des Verkaufs befunden, überhaupt in gutem Bau- und Culturzustand, und

eben deswillen hat er dennoch noch ein Interesse an der Erhaltung der Substanz der Sache, um im Falle einer Degradation der actio ex vendito von Seiten des Käufers zu entgehen; es bleibt ihm sonach auch seine Klage ex conducto gegen den Pächter. Da es aber im Kaufvertrage liegt, daß der Pächter im Gute verbleibe, die Degradationen sohin von Jemanden herrühren, der auch mit Einwilligung des Käufers sich im gekauften Gegenstande befindet, so muß sich der Käufer mit dem begnügen, was der Verkäufer mit der actio loc. erhält. Das ist der Sinn einer Stelle Ulpians in seinem 32. Buche ad edictum [36]):

> Si venditor habitationem *exceperit*, ut inquilino liceat habitare vel colono, ut perfrui liceat ad certum tempus magis esse *Servius* putabat ex vendito esse actionem. Denique *Tubero* ait, si iste colonus damnum dederit emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem ut ex locato cum colono experiatur etc.

Mühlenbruch [37]) bezieht dieses Fragment auf den Fall, wo der Pächter in die Fortdauer des Contracts willigte; von einer solchen Unterstellung findet sich auch keine Spur in demselben. Jener Gelehrte will aus dieser Stelle den Beweis führen, daß der Pachtcontract nicht cedirt werden könne, weil es anders, wie er sagt, des angedeuteten Umwegs nicht bedürfe, und eine bloße Vernachlässigung der

---

[36]) Fr. 13. §. 30. D. de act. empti et venditi.

[37]) Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungen. 3. Aufl. S. 316.

Form, daß etwa von der Cession nichts im Vertrage erfindlich sei, die Gestaltung einer actio utilis nicht hindere. Dieser Grund scheint nicht zutreffend und auf einem Mißverständnisse zu beruhen. Der Fall wird nach unserer Interpretation so aufgegriffen, daß gerade Alles, was Inhalt des Pachtcontracts ist, aus dem Kaufvertrag excipirt wurde; es kann sohin von einer Cession einer Klage aus dem Pachtcontract nicht die Rede sein. Wenn endlich mit Rücksicht auf Frag. 32. Dig. loc. behauptet wird, der Verkäufer habe kein Interesse mehr bei dem Fortbestehen des Pachts, so können wir dieses um so weniger einsehen, als offenbar die Stipulation, ut in eadem conditione maneat colonus, einen nachtheiligen Einfluß auf die Bestimmung des Kaufpreises hatte, und der Verkäufer in dem weiter zu ziehenden Pacht allein seine Entschädigung finden kann. Wenn daher unsere Stelle nichts für die von Mühlenbruch aufgestellte Ansicht beweist, daß nämlich der Pächter den Pacht kündigen könne, so beweist sie im Gegentheil für die diesseits aufgestellte Ansicht.

b) Es kann aber auch sein, daß bei'm Abschluß des Kaufs oder später die Pachtrechte dem Käufer übertragen wurden, daß also der Inhalt des Pachtcontracts jenem des Kaufs nicht entzogen wurde; auch in diesem Falle scheint das Verhältniß klar. Dem Pächter bleiben durch die Handlung seines Verpächters alle seine Rechte unverletzt; aus welchem raisonabeln Grunde soll er seiner Verbindlichkeiten entledigt werden? Der Kaufvertrag ist und bleibt ihm eine fremde Sache, nach unserer Ansicht kann ohne seine Einwilligung oder die Mitwirkung der Gerechtigkeit kein neuer Eigenthümer entstehen; würde aber auch dieses der

Fall sein, so würde auch der Eigenthumswechsel an und für sich ohne Einfluß auf den Vertrag bleiben. Freilich bleibt in diesem Falle, was die Verbindlichkeit des Verpächters angeht, der ursprüngliche Contrahent der Verbundene, die Rechte werden jedenfalls, was die Beitreibung des Pachtgeldes angeht, actione utili vom Käufer geltend gemacht; und es wird nicht zu gewagt sein, wenn man ihm auch actiones utiles bezüglich aller übrigen Verbindlichkeiten des Pächters gestattet; es ist dieses Sache der Interpretation des Vertrags. Kann man die Cession des Pachtrechts nicht so weit ausdehnen, dann bleibt auch hier nur der indirecte Weg offen. Sollte sich irgend ein Verhältniß herausstellen, wo Rechte und Verbindlichkeiten gleichzeitig zur Sprache kommen, so muß durch prozessualische Mittel, durch Miterscheinen des Verpächters im Processe, durch richterliche Anordnung, daß der Kläger dessen Vertheidigung übernehme, und zwar unter der Präjudiz der Denegation der Actionen dafür gesorgt werden, daß nicht zum Nachtheile des Pächters eine Proceßtrennung stattfinde.

Directe Beweise für diese Sätze sind uns keine bekannt, die Sache scheint auch an sich einfach; dagegen haben wir eine Reihe von Stellen, die offenbar das Verhältniß unterstellen. Die Clausel mercedem insulae emptori accessuram scheint eine geläufige und natürliche gewesen zu sein; wir finden dieselbe erwähnt von Labeo im 1. Buche Pithanon.[38]) und in dem 4. Buche seiner nachge-

[38]) Frag. 53. D. de act. empti venditi.

lassenen, von Javolenus excerpirten Schriften [39]. Es ist freilich dort nur die Frage untersucht, ob der Ausdruck merx in der Clausel mercedem accessuram auf den Betrag einer etwa bestehenden Aftermiethe oder auf jenen der Hauptmiethe zu beziehen sei; diese Clausel hätte aber keine Bedeutung, wenn ihre Erfüllung vom guten Willen des Pächters abgehangen hätte, und wenn Mühlenbruch hier wieder unterstellt, es sei nur vom rückständigen und laufenden Miethgeld die Rede, so ist dieses nicht nur eine durch nichts gerechtfertigte Supposition, sondern auch unrichtig. Was man unter laufendem Miethgeld zu verstehen hätte, ist nicht recht klar; denn vom Augenblicke des Eigenthumswechsels an würde das Miethverhältniß aufhören, und von einem rückständigen wird ein römischer Jurist nicht wie von einer Accession sprechen; die Früchte bilden Accessionen, und an deren Stelle die Miethzinse; die rückständigen Zinse bilden getrennte Forderungsrechte, und deren Uebertrag würde ein eigenes Geschäft begründen, wobei es nicht einmal hätte im entferntesten zweifelhaft werden können, ob unter merx die erste oder die Aftermiethe zu verstehen sei [40]. Eine andere Stelle, die uns mit folgender Clausel des Kaufvertrags bekannt macht: prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi *accessuram* pignorumque

---

[39]) Fr. 58. pr. D. loc.

[40]) Ueber die Art der Klagestellung könnten allerdings diese Stellen von Bedeutung sein; diese ist uns aber heute gleichgültig, weil wir nicht mehr zweifelhaft sind, daß, wenn auch eine förmliche Cession nicht stattgefunden, vielmehr nur mercedem accessuram gesagt ist, nichts desto weniger eine actio utilis gegeben werde.

ab inquilino datorum jus utrumque secuturum[41]), wird wieder dadurch beseitigt, daß man unterstellt, der Pächter werde einwilligen; unmöglich ist eine solche Unterstellung nicht, aber höchst unwahrscheinlich[42]).

---

41) Frag. 13. D. qui pot. in pig.

42) Mühlenbruch zieht noch eine andere Stelle hierher, von der er sagt, daß sie dem Anscheine nach gegen seine Ansicht, daß ein Pachtverhältniß nicht cedirt werden könne, gehe, jedoch nur ein singuläres Recht enthalte. Mit dem ersten Theile des Satzes sind wir einverstanden, nicht aber mit der Behauptung, daß hier ein singuläres Recht vorliege, welches überhaupt nicht so leichter Dinge im classischen Rechte angenommen werden kann. Wir meinen das Frag. 5. Dig. de pignoratitia actione: Si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit solvi ei posse: et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in qua coenaculum conduxi: non enim credibile hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea teneantur; *videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.* Drei Sätze stehen fest: 1) Die invecta et illata des Miethers sind tacita conventione dem Vermiether als Unterpfand gestellt. 2) Die Aftermiethe ist gestattet. 3) Der Vertrag zwischen Aftermiether und Miether bleibt dem Eigenthümer fremd. Aus dem dritten Satze folgt, daß dem dominus gegenüber der Aftermiether als Mandatar des Miethers zu betrachten ist, oder mit andern Worten, daß ihm gegenüber der Aftermiether im Miether aufgeht; was denn zu dem Resultate führen würde, daß die Gegenstände des Aftermiethers für den ganzen Miethpreis des ersten Miethers verpfändet wären. Das hieße aber wieder so viel, als die Aftermiethe ganz untersagen; derjenige, der nur ein Zimmer miethet, kann nicht einwilligen, daß seine Mobilien für den bei weitem größeren Betrag der Miethe des ganzen Hauses verpfändet werden. Diese Betrachtung betrifft aller-

II. Hauptfall. Die lex venditionis schweigt vom Pachtverhältniß; es ist auch nachher nichts über dasselbe bestimmt. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß in einem solchen Falle der Käufer keine Rechte aus dem Pachtverhältnisse hat; ihm steht es zu, den Pächter auszutreiben. Hat der Verpächter noch Rechte? Wir beantworten ohne Anstand diese Frage mit: Nein. Es versteht sich von selbst, daß nur die Rede sein kann vom Augenblicke an, wo der Käufer den Verkauf dem Pächter denunzirt hat, und zwar nicht aus dem Grunde, weil der Verpächter kein Interesse mehr hat; dieser greift, wie wir gleich sehen werden, nicht durch, sondern weil nunmehr der Pächter nicht mehr kraft seines Vertrags seine Pachtrechte ausübt, sondern kraft der Nachlässigkeit oder des guten Willens des Käufers, der ihn jeden Augenblick

---

dings zunächst nur das Verhältniß zwischen Aftermiether und Miether; aber denselben Vertrag müssen wir auch mit dem Eigenthümer, freilich durch das Organ des Miethers unterstellen, so daß wir das Verhältniß allerdings nicht aus der Convention zwischen Aftermiether und Miether, sondern zwischen Miether und Eigenthümer beurtheilen. Das scheint uns daher der Sinn der Schlußworte unserer Stelle zu sein: „Es ist kaum glaublich, daß zwischen Aftermiether und Miether der Vertrag auf Haftung für die ganze Miethe geschlossen worden, — vielmehr nur bis zum Betrage seiner Schuldigkeit, — in demselben Sinne müssen wir daher auch den Vertrag mit dem Eigenthümer auffassen, — nämlich daß bei eintretender Aftermiethe nur ein beschränktes Pfandrecht bestehen solle, — so daß die Sache nicht nach dem Vertrag zwischen Aftermiether und Miether behandelt wird — das wäre ein Verstoß gegen die Grundsätze über Verträge —, vielmehr nach dem eigenen Vertrage."

ausbieten kann. Es fehlt sohin von diesem Augenblicke an an der Gegenleistung des Verpächters; wir legen sohin kein Gewicht darauf, ob schon Eigenthum übergegangen ist oder nicht. Der angegebene Grund scheint uns durchzugreifen, sowohl was die Klage des Verpächters auf den Miethzins angeht, wofür allerdings noch ein Interesse für den Verpächter besteht, wenn er es nur durchsetzen könnte, als auch für die Klage auf Erhaltung des Gutes in Bau und Besserung; dieser Klage steht aber ganz vorzüglich die exceptio tui non interest entgegen. Von dieser Klage allein spricht Julianus im 4. Buche ex Minicio [43]):

> Qui fundum colendum in plures annos locavit et eum fundum legavit, Cassius negavit posse cogi colonum, *ut eum fundum coleret*, quia nihil heredis interest.

Daß mit Unrecht, wie Viele behaupten, hier vorausgesetzt wird, daß bereits Eigenthum übergegangen sei, ergiebt sich aus den Schlußworten dieser Stelle; dieselbe fährt nämlich fort:

> Quod autem si colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus prohibitus, cum herede actionem colonum habere et hoc detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quid rem quam vendidisset necdum tradidisset alii legasset, heres ejus emptori et legatario esset *obligatus*.

---

[43]) Frag. 32. D. loc.

Julian parallelisirt den Conflict zwischen Colonat und Legat mit jenem zwischen Kaufvertrag und Legat, um daran zu zeigen, wie in beiden Fällen das Erbe, obschon direkt nur mit dem Legat belastet, je nachdem der Legatar etwa das Colonatverhältniß bestehen, den Kaufvertrag vollziehen und sich mit dem Preise begnügen wolle oder nicht, keinen oder bedeutenden Schaden erleiden könne. Dieses scheint uns mit dem Ausdruck et hoc detrimentum ad heredem pertinere gesagt zu werden; er setzt aber offenbar im zweiten Falle ein legatum per damnationem voraus; es wäre daher mindestens sonderbar, wenn der erste Fall von einem legatum per vindicationem handeln sollte.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß bei fiscalischen Verkäufen verpachteter Güter, falls nichts anders bei dem Kaufe verabredet wurde, die Clausel mercedem accessuram pro fructibus als sich von selbst verstehend behandelt wird [44]), so wie es überhaupt Grundsatz gewesen zu sein scheint, daß bei den fiscalischen Verträgen die vortheilhaftesten Clauseln als sich von selbst verstehend, daher stillschweigend verabredet unterstellt wurden. Der Fiscus soll nie durch die Nachlässigkeit und den Mangel der Rechtskenntniß seiner Beamten leiden; die fiscalischen Pächter sind daher nicht bevorzugt, auch der Fiscus in seinen Befugnissen gegen Andre nicht zurückgesetzt, sondern die Sache gestaltet sich nur so, daß, was bei jedem andern nur die Folge ausdrücklich stipulirt werden muß, hier,

---

[44]) Frag. 50. Dig. de jure fisci.

wenn nicht das Gegentheil gesagt ist, sich als von selbst verstanden darstellt [45]).

3) Eine weitere Ausnahme unseres Grundsatzes wird angenommen, wenn der Pachtvertrag ein pactum de non alienando enthält, und der Pächter sich für die Vertragserfüllung ein Pfandrecht an dem gepachteten Grundstück bestellen ließ [46]). Man stützt diese Ausnahme nicht auf das Vertragsverhältniß, sondern das Ganze ist nur ein Mittel, wie man den Pächter vor Schaden hüten will, und dieses Mittel findet man in einem angeblichen Grundsatz des römischen Rechts in Bezug auf das Pfandrecht, nämlich in einer angeblichen Aeußerung des Juristen Marcian in seiner Monographie ad formulam hypothecarium [47]):

> Quaeritur si pactum sit a creditore ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus posita, ideoque venire possit? et certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur.

Daß aber diese Stelle corrupt sei und so, wie sie da steht, keinen Sinn gebe, ist unsres Ermessens von

---

[45]) Diese Darstellung findet sich angedeutet bei Vangerow, l. c. Dagegen ist die Sache mindestens unklar bei Gesterding, l. c., S. 243.

[46]) Gesterding, l. c. §. 9. S. 247.

[47]) Frag. 7. §. 2. Dig. de dist. pign.

Puchta [48]) schon sattsam nachgewiesen. Neben den Einwendungen, die bei Puchta herausgehoben sind, bleibt die Hauptschwierigkeit, welches Interesse ein solcher Vertrag für den Pfandgläubiger haben konnte? Dem benefic. excusionis zu entgehen, konnte der Zweck zu Marcians Zeit nicht gewesen sein, denn dieses benefic. bestand damals nicht; von einem Separationsrechte im Concurse konnte wieder nicht die Rede sein, denn nach römischem Rechte hatten sich bekanntlich die Hypothecarien nicht in den Concurs einzulassen, und an eine Erleichterung des Beweises gegen den dritten Besitzer ebensowenig gedacht werden, weil, im Falle der dritte Besitzer sein Recht von dem Pfandschuldner nach der geschehenen Verpfändung herleitet, das Eigenthum des Verpfänders nicht nachzuweisen ist; was sollte sohin eine solche Stipulation bedeuten? Dieselbe soll auch bei'm *pignus* im Gegensatze zur *hypotheca* vorkommen; da bei diesem der Pfandgläubiger den Besitz hat, und in der Regel auch die Detention, so konnte in gewöhnlichen Fällen ein Kauf gar nicht bis zur Eigenthumsübertragung geführt werden. Auf diese so unverständliche Stelle ließe sich daher unser Satz nicht stützen, er ist aber nicht weniger wahr, wenn die Meinung richtig ist, die wir adoptirten: es soll ein Naturale des Pachtvertrags sein, daß der Verpächter sein Veräußerungsrecht dadurch nicht aufgebe, um sich das

[48]) Puchta, Cursus der Institutionen. 2. Aufl. 2. Band, S. 680. Not. l. Derselbe in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. XII. Band, N. VI.

periculum der Sache vom Hals zu schaffen; er kann aber dieses auch freiwillig übernehmen und auf das Veräußerungsrecht verzichten, und dieses pactum muß als eine justa et rationabilis causa behandelt werden, aus welcher der Pächter einen Käufer nicht aufzunehmen hätte. Hätte freilich der Pächter die Detention verloren, oder handelte es sich vom Falle, wo Eigenthum ipso jure übergeht, da würde ihm dieses pactum kein Mittel geben; gegen die Regel: Kauf bricht Miethe, ist derselbe aber gesichert.

Wir bemerken noch, daß auch das Sprichwort: **Kauf bricht Miethe, oder der Käufer jagt den Pächter u. s. w.** immer auf den Kauf, nie aber auf Eigenthum Rücksicht nimmt. **Ludewig** in seiner Dissertation über unsern Gegenstand führt eine Menge statutarischer Rechte an [49]), die alle so gefaßt sind, daß sie nur auf den Verkauf sehen, und mitunter den Pächter für **verbunden** erklären, auszuziehen, was denn alles mit unserer aufgestellten Behauptung übereinstimmt.

Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß wir uns unsere Aufgabe nur stellten, den Satz: Kauf bricht Miethe, zu erörtern. Wir haben den Miether kraft seines Miethvertrags für verbunden erklärt, im Falle des Verkaufs der Realisirung des persönlichen Rechts des Käufers kein Hinderniß in den Weg zu legen, im Gegentheil alles, was nothwendig ist, seiner Seits zu thun,

---

[49]) *Ludewig*, Dissertatio de emptore non stante locationi antecessoris. §. 49.

um das persönliche Recht des Käufers zu einem dinglichen werden zu lassen. Diese Verbindlichkeit fanden wir in seinem Miethvertrag selbst; wo Eigenthum ipso jure übergeht, da bedarf es dieser Deduction nicht, davon sprechen aber die von uns angeführten Stellen nicht; es giebt sich aber von selbst, daß dem Pächter kein Mittel bleibt, dem neuen Eigenthümer durch sein persönliches Recht Hindernisse in den Weg zu legen; wir finden aber auch keinen Anstand, da wir den Pächter durch seinen Vertrag verbunden halten, das Pachtgut zu räumen, wenn der Verpächter über das Eigenthum verfügt, auch dem neuen Eigenthümer entweder in Gefolge eines Mandats oder utiliter die Contractsklage zu gestatten, obschon in der Regel derselbe mit der actio publiciana leichter zum Ziele kommen wird.

II. Neuere Gesetzgebungen.

A. Französische Gesetzgebung.

§. 7.

Wir wenden uns nunmehr zu den vorzüglichsten neueren Gesetzgebungen, und beginnen mit der französischen. Dieselbe besitzt eine für uns um so interessantere Literatur, weil zwischen den französischen Juristen hier Gegenstände und Grundsätze zur Erörterung kamen, die auch auf dem Gebiete des gemeinen Rechts in neuerer Zeit eifrig discutirt wurden.

Die Hauptgrundzüge unserer Lehre sind festgestellt in dem Art. 1743 des französischen Civilgesetzbuchs unter dem Titel du contrat du louage, und unter der speziellen Rubrik: des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, und lauten:

> Art. 1743: Si le bailleur vend la chose louée, l'acquereur ne peut *expulser* le fermier ou locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail.

Die Artikel 1744 bis 1748 behandeln den Fall, wo im Pachtvertrag die Veräußerungsbefugniß vorbehalten wurde, und bestimmen die Entschädigungsansprüche. Wichtig für die Bestimmung des Sinns unseres Artikels scheint uns noch der Artikel 1749:

> Les fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son defaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués.

Der Artikel 1743 giebt zu folgenden Bemerkungen Veranlassung.

I. Derselbe spricht nur vom Verkauf der Sache, er muß aber auf zweierlei Weise eine ausdehnende Interpretation erhalten:

a) Was vom Verkauf gilt, muß auch von jeder andern Art, Eigenthum zu übertragen, gelten; namentlich läßt sich kein Grund denken, warum der Eigenthümer,

wenn er titulo oneroso zu verfügen verhindert ist, es titulo gratuito weniger sein sollte.

b) Was von der Veräußerung des Eigenthums gilt, muß auch von der Constitution einer Servitut und von der Verpfändung gelten; durch die Einräumung solcher dinglichen Rechte kann der Pächter in seinem Pachtrechte nicht gestört werden.

II. Der Artikel steht unter der Rubrik: baux des maisons et des biens ruraux, er bezieht sich daher nur auf Immobilien; auch seine ganze Fassung deutet auf diese Beschränkung; nicht weniger die Erörterungen über das Entschädigungsquantum, wenn bei'm Miethvertrag stipulirt ist, daß der Verkauf die Miethe brechen solle, in welche die Art. 1744 bis 1748 eingehen, die überall Immobilien unterstellen. Es entsteht sohin die Frage: kann der Vermiether von Mobilien dieselben während der Miethzeit veräußern, und muß der Miether dieselben dem Käufer vor beendigter Miethzeit ausliefern? Direkt haben wir die Frage nur bei Troplong [50]) angedeutet gefunden, und hier begnügt er sich mit der Notiz: l'art. 1743 dont je viens d'exposer l'esprit et les conséquences ne s'applique pas aux locations des meubles, il ne concerne que le louage des immeubles et des choses mobilières accessoirement unies aux immeubles. Würde das römische Recht als Hülfsrecht in Frankreich gelten, so würde sich allerdings schon daraus ergeben, daß die alten Grundsätze zur Anwendung kommen müßten. Da dieses aber nicht der Fall ist, mindestens nicht bei den Rechts-

---

[50]) *Troplong.* De l'échange et du louage, II. Band. Nr. 508.

materien, die im Code selbst behandelt sind, und die Miethe von Mobilien ausdrücklich in diesem Gesetzbuch behandelt ist [51]), so führt dieser Weg zu keinem Ziele. Es müßten daher allgemeine Grundsätze entscheiden, und auf den ersten Anblick sollte man glauben, die Sache sei nach den Grundsätzen des französischen Rechts noch einfacher, als nach jenen des römischen Rechts. Nach jenem Rechte sollen dingliche Rechte, ohne daß es einer Tradition bedürfe, durch Verträge und testamentarische Verfügungen schon von Rechtswegen übergehen [52]). Der Käufer einer be-

---

[51]) Artikel 7 des Gesetzes von 30. Ventose XII. A compter du jour où ces lois sont executoires les lois romaines . . cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières, qui sont l'objet des dites lois composant le present code verglichen mit Art. 1713 c. c.: On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles.

[52]) 1. Was das Eigenthum angeht, Artikel 711. Code civil, verglichen mit Artikel 1183, 1582, 1583 c. c., in welchem letzten Artikel allerdings der Ausdruck: à l'égard du vendeur auf einem argen Versehen beruht. Man stand noch unter dem Einflusse des Brumaire-Gesetzes, nach welchem Eigenthum Dritten gegenüber an Gegenständen, die der Hypothek fähig sind, also an Immobilien und was diesen gleich steht, nur durch Ueberschreibung der Erwerbsurkunden auf die öffentlichen Register erworben werden sollte, woraus noch weiter folgen würde, daß zum Eigenthumserwerb an Immobilien eine schriftliche Urkunde erfordert wäre. Ebenso scheint im Artikel 711 der Ausdruck par l'effet des obligations auf Obligationen aus Verträgen beschränkt werden zu müssen. — 2. Die persönlichen Servituten anlangend, so läßt sich der Grundsatz ableiten aus dem Wortausdruck des Artikel 579: L'usufrui *estéletabli* par la loi, ou *par la volonté de l'homme*, obschon nicht zu verkennen ist, daß der nächste Vorwurf dieses Artikels nur die bekannte Schuleintheilung bildet, daß der usufruit entweder ein gesetzlicher oder ein conventioneller sei.

weglichen Sache erwirbt daher Eigenthum, der Miether hat nur ein persönliches Recht; es scheint daher nichts einfacher, als die Grundsätze des römischen Rechts in Anwendung zu bringen, und dieser Ansicht scheint auch Troplong zu huldigen. Ließe sich bei einer wissenschaftlichen Behandlung des französischen Rechts ein bedeutender Werth auf Aeußerungen in der Discussion legen, so würden diese schon zu einem ganz entgegengesetzten Resultate führen. Gerade den Gegensatz zwischen dinglichem und persönlichem Recht nennt der Bürger Tronchet bei der Discussion unseres Artikels eine Subtilität [53]), und der Tribun Mouricault fertigt denselben Grund mit dem Gemeinplatze ab: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet [54]). Galli, Regierungsredner

— 3. Aehnlich steht es mit den Realservituten, Art. 639: Elle *dérive* (la servitude) ... ou des conventions des parties; weniger exact drückt sich der Artikel 690 aus: Les servitudes ... s'acquièrent par titre, weil der mündliche Vertrag ausgeschlossen scheint. — 4. Das Faustpfand entsteht nur durch Tradition und begründet kaum mehr als ein Retentionsrecht, kann nur bei Mobilien stattfinden — Artikel 2076; die Hypothek dagegen erfordert, abgesehen von der gesetzlichen, eine schriftliche öffentliche Urkunde und Eintragung in die öffentlichen Register — Artikel 2117, 2134. — 5. Was die Particularlegate angeht, so ist mindestens der Ausdruck 1014: droit *à la chose* schlecht gewählt.

[53]) *Fenet*, Travaux préparatoires, Tome XIV. p. 251. Dort sagt *Tronchet*: La loi emptorem avait un motif, mais qui n'était, après tout, qu'une subtilité; l'acquéreur, disait-on, n'étant que successeur à titre singulier ne doit pas comme le successeur à titre universel être tenu des engagements de son auteur (!).

[54]) *Fenet*, l. c., p. 331.

bei Präsentation des Titels im gesetzgebenden Körper, wiederholt die geistreiche Bemerkung seines Collegen Tronchet wörtlich [55]) und behauptet die Derogation der sogenannten lex: emptorem, und der Tribun Jaubert, der im gesetzgebenden Körper über dies Votum des Tribunats referirte, führt ebenfalls als durchschlagenden Grund an: pourquoi l'intérêt des tiers serait-il lésé par une vente, qui leur est étrangère? pourquoi un titre nouveau détruirait-il un titre préexistant [56])? Freilich fährt dieser Redner fort: C'est *surtout* a l'égard des biens ruraux, que l'innovation était appelée par l'intérêt public, und setzt die Vortheile der Agricultur auseinander. Wenn aber auch der politische Grund der Neuerung vorzüglich die Pachtung des Feldgutes im Auge hatte, so ist es bekannt, daß nicht der Veranlassungsgrund eines Gesetzes, vielmehr sein juristischer Grund der Interpretation als Basis dienen muß. Diese Bemerkungen möchten ein um so größeres Gewicht verdienen, als, wie schon oben angedeutet, man sehr irrt, wenn man das französische Recht als ein correctorisches dem römischen Rechte gegenüber behandelt, und die Erwägung ebenso nicht ganz ohne alle Berücksichtigung bleiben dürfte, daß in der Literatur über die Materie, die den französischen Juristen wohl nicht ganz unbekannt bleiben konnte, gerade der Satz: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet, als, wenn auch ein sehr lahmes, dennoch immer von Neuem aufgesatteltes Schlachtroß gegen

---

[55]) *Locre,* Legislation, T. XIV. p. 411.

[56]) *Locre,* l. c., p. 458.

die gemeinrechtliche Theorie in's Feld geführt wurde. Indessen scheint uns die Sache tiefer zu liegen, und darüber haben wir uns näher zu erklären. Nach dem Sinne des römischen Rechts würde der Käufer, gleichbedeutend nach dem französischen Grundsätzen mit: der neue Eigenthümer, mit seiner Eigenthumsklage gegen den Miether auftreten, und dieser könnte sich natürlich mit seinem Pacht nicht vertheidigen, der ihm keine Rechte gegen Dritte giebt. Es entsteht aber die Frage: giebt es nach französischem Rechte bei Mobilien im Allgemeinen eine Eigenthumsklage gegen Dritte? Aufschluß soll hier die Regel des Artikels 2279 c. c. geben, eine von den vielen leges damnatae des französischen Rechts, wovon 'ein französischer Schriftsteller [57]) sehr naiv sagt: Peut être eut-il mieux valu, ne pas l'ériger en loi.

> En fait de meuble la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant 3 ans, à partir du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il se trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Einige französische Juristen wollen die Regel, di der Artikel an seine Spitze stellt, so verstehen, daß der Besitzer als solcher sein Eigenthum nicht zu beweisen hätte, so lange man ihm nicht von Seiten des Klägers Eigenthum beweise; aber dann wäre die Regel keine Eigenthümlichkeit des Besitzes von Mobilien; das possideo,

---

[57]) Code civil par *Teulet* et *d'Auvilliers* ad h. art. N. 2.

quia possideo als Vertheidigung auf die Eigenthumsklage ist allgemein Rechtens, als ein Ausfluß des Grundsatzes actore non probante reus absolvitur [58]). Andere denken sich die Anwendung so, der Satz: en fait de meubles la possession vaut titre wolle nur sagen, daß ein Erwerb a non domino schon hinreiche, um die Vindicationsklage des wahren Eigenthümers auszuschließen, jedenfalls aber müßte, wenn der Vindicant Eigenthum beweise, der Besitzer einen Erwerbsgrund angeben, und es reducirte sich die Eigenthümlichkeit darauf, daß ein titulus ohne tempus schon hinreichte, den wahren Eigenthümer auszuschließen. So aber wäre es nicht mehr die possessio, die den titulus ersetzte, vielmehr umgekehrt der titulus, der die possessio per tempus continuum überflüssig machte. Man kann sich daher kaum etwas Verworreneres denken, als die verschiedenartigsten Anwendungen dieses Grundsatzes selbst in den Arrêts des Cassationshofs [59]); die Hauptschwierigkeit der Auffassung scheint darin zu

---

[58]) Diese Regel ist im Code civil nirgends ausgesprochen. Derselbe handelt nirgends vom Beweise im Allgemeinen, vielmehr nur vom Beweise der Obligationen und deren Tilgung, und stellt den Grundsatz auf: Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui que se prèterd liberé doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (Art. 1315); ihre Allgemeinheit liegt aber so sehr in der Natur der Sache, daß kein Zweifel an derselben möglich ist.

[59]) *Troplong,* Traité de la préscription ad h. art. N. 1040—1044. *Delvincourt,* II. 644. Code annoté par Waldeck-Rousseau ad. h. art.

liegen, daß man sich mit der Regel in den Fällen nicht zu helfen weiß, wo Jemand im Gefolge eines obligatorischen Verhältnisses in den Besitz, — Besitz hier auch als naturalis possessio Savigny'scher Terminologie genommen, — gekommen ist [60]. Das Beste, was man zu sagen weiß, besteht darin, daß man die Regel la possession vaut titre versteht: sauf la preuve contraire, was denn wieder, wenn diese Worte verba legis wären, zu Consequenzen führen würde, die man nicht annehmen könnte, ohne die ganze Regel zu zerstören. Unsere Ansicht geht einfach dahin. Entweder es ist Jemand verbunden, ex contractu vel quasi uns eine Sache zu geben oder zu restituiren, dann haben wir die Contractsklage oder die Klage ex quasi contractu, dann kann die possessio nicht als Beweis der Extinction der Obligation dienen; so etwas wäre absurd. Es ist auch der Satz deutlich ausgesprochen in dem schon angeführten Artikel 1315 c. c. Dadurch sind alle die Fälle gewahrt, welche die französischen Juristen mit ihrem sauf la preuve contraire wahren wollen. Oder es läßt sich kein Obligationsverhältniß auffinden, womit die Klage durchgesetzt werden kann, dann giebt es bei Mobilien keine Klage; es giebt also keine auf Eigenthum gegründete Klage bei Mobilien; wo aber ein Contractsverhältniß vorliegt, bedarf es keines Eigenthumsbeweises. Diese Regel leidet keine Ausnahme, denn selbst im Falle des Diebstahls oder des Verlierens bedarf es von Seiten des Klägers keines Eigenthumsbeweises,

---

[60]) *Teulet* l. c. N. 18—22.

sein Besitz gilt als Eigenthum, und der Kläger hat nur darzuthun, daß ihm die Sache gestohlen worden, oder daß er dieselbe verloren hat [61]).

Alles bisher Auseinandergesetzte war nothwendig, um unsere Frage zu beantworten, in welchem Verhältnisse der Käufer von Mobilien sich zu deren Miether verhält; eine Eigenthumsklage hat der Käufer nicht, eine solche gibt es bei Mobilien nicht; ihm erübrigt aber also nur die Contractsklage seines Autors, aber diese ist, so lange die Miethzeit dauert, nicht begründet. Es kann sonach auch bei Mobilien der Grundsatz des römischen Rechts nicht zur Anwendung kommen. Es ergiebt sich aber von selbst, daß der Käufer nur dann dem Miether weichen muß, wenn der Miethvertrag schon vollzogen ist; wäre derselbe nur abgeschlossen, der Vermiether hätte veräußert und dem Käufer die Sache ausgeliefert, dann bliebe dem Miether sein persönliches Recht. Umgekehrt, wenn der Verkäufer nach abgeschlossenem Verkaufe die Sache dem Miether auslieferte, so würde sich das Verhältniß so gestalten, daß der Miether von einem Nichteigenthümer gemiethet hätte; es läßt sich aber keinen Grund absehen, warum der Miether in gutem Glauben schlechter behandelt werden sollte, als der Käufer einer fremden Sache in gutem Glauben; ihm gegenüber legitimirte sich der Vermiether

---

[61]) Der Ausdruck revendiquer darf nicht irre machen; einmal, wenn die possessio in dem angegebenen Sinne als titulus galt, so umfaßt der Beweis des Verlustes durch Diebstahl auch den Eigenthumsbeweis; sodann wird auch im französischen Rechte revendiquer in einem weitern Sinne genommen, womit jede Klage auf Restitution, auf Exhibition bezeichnet wird — Arg. Art. 2102. Nr. 4 c. c.

durch seine Innehabung, und der wahre Eigenthümer hat keine Rechte gegen Dritte. Nur nach Ablauf der Miethezeit wird nach dem Geiste des französischen Rechts derselbe utiliter die Cantractsklage seines Autors erheben können, sowie ihm dieselbe Klage auf den Miethpreis zuzusprechen ist, wenn derselbe sich damit begnügen will. Das Verhältniß wird sich juristisch so construiren, mit der Contractsklage also ex vendito, ex deposito u. s. w. kann der Käufer u. s. w. verlangen, daß der Mitcontrahent ihm alles zustellt, was er von der Sache hat, weil ihm sonst eine andere Klage nicht zusteht, die Sache oder deren Nutzung zu erhalten [62]), es kann sohin auch die cessio actionum verlangen, indem diese Klagen ebenfalls dem Mitcontrahenten aus der Sache resultiren, die Klagen aber deren Cession man verlangen kann, kann man nach französischem Rechte unbedingt utiliter selbst anstellen [63]).

III. Der Artikel 1743 cit. giebt dem Pächter das Recht, sich im Pachte zu erhalten, der Erwerber, heißt es in demselben, kann ihn nicht austreiben, es müßte denn

---

[62]) Arg. Const. 3. Cod. de r. v., Const. 1. Cod. de reb. alienis non alienandis, Frag., ult. Dig. de negot. gest .

[63]) Art. 1165: Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prevu par l'article 1121. — Art. 1166: Néamoins les créanciers peuvent excercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'excéption de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Aus dem letzten sehr prägnanten Satze folgt jedenfalls, daß jeder Gläubiger die Klage seines Schuldners anstellen kann, die ihm ganz vorzüglich dazu dient, sich den Gegenstand seiner Forderung zu sichern.

ein Vorbehalt im Pachtvertrage gemacht sein. Es fragt sich aber auch hier wieder, ob der Pächter umgekehrt mit dem neuen Erwerber den Vertrag aushalten müsse, und wie sich überhaupt sein Verhältniß von nun an gestaltet. Nach dem Zeugnisse von Troplong [64]) entschied sich die Praxis des französischen Rechts ebenfalls auf den Grund des Frag. 32. loc. dahin, daß der Pächter auch seinerseits den Vertrag kündigen könne. Wir haben nach römischem Rechte zwischen dem Falle unterschieden, ob dem Pächter es durch die Fürsorge des Verpächters gestattet ist, seinen Vertrag ungestört fortzusetzen oder nicht. Im ersteren Falle hielten wir den zweiten Vertrag als ein actum inter alios, im zweiten Falle dagegen glaubten wir, daß man den Pächter nicht zwingen könne, vom guten Willen des neuen Erwerbers einen Vertrag anzunehmen, den der Mitcontrahent nicht mehr erfüllen kann. Dieser Grundgedanke wird denn auch im französischen Rechte seine Geltung behaupten.

I. Hauptfall. Der Pachtvertrag enthält die derogatorische Clausel nicht; das Recht des Pächters ist ihm sohin durch seinen Vertrag gesichert, und es läßt sich kein Grund erfinden, warum er seinerseits den Vertrag wird aufkündigen können. An wen er von nun an seinen Pachtpreis zu bezahlen haben wird, das hängt von dem Inhalt des Kaufvertrags ab; geschieht bei'm Verkaufe keine Erwähnung des bestehenden Pachts, oder geschieht dessen Erwähnung ohne Stipulation mercedem accessuram,

---

[64]) *Troplong*, l. c., II. Band, Nr. 483.

so hat der Käufer, der einen Pächter im gekauften Gute findet, nur Entschädigungsansprüche gegen seinen Verkäufer; als Accessionen des Kaufes kann er die Pachtpreise nicht in Anspruch nehmen. Sind dagegen dem Käufer die Pächte übertragen, so hat sich auch in diesem Falle der Pächter für die Verbindlichkeit des Verpachters aus dem Pachte nicht an den neuen Erwerber zu halten. Wenn es auch in seinem Vertrage schon an und für sich liegt, daß jeder neue Erwerber ihm denselben auszuhalten hat, so haben wir in dieser gesetzlichen Disposition nur ein Recht des Pächters, nicht aber ein Recht des Verpächters zu sehen, sich seiner übernommenen Verbindlichkeiten zu entledigen. Dem processualischen Nachtheile der Personentrennung kann im französischen Processe auf dieselbe Weise abgeholfen werden, wie schon oben angegeben ist. Wenn wir es auf den Inhalt des Kaufvertrags ankommen lassen, zu bestimmen, wem die Klagen auf den Pachtpreis zustehen, so nehmen wir auf der andern Seite keinen Anstand, dem Käufer auch während der Dauer der Pachtzeit die Klagen zuzugestehen, welche sich auf die Erhaltung der Substanz des Gutes beziehen. Nach dem Geiste des französischen Rechts und dem Inhalte des schon benutzten Artikels 1166 c. c. bedarf es des Umwegs nicht, den das Frag. 13. §. 3. Dig. de act. empti venditi einschlägt. Nur muß auch nach französischem Rechte unterschieden werden, ob bei dem Verkauf von der bestehenden Verpachtung Erwähnung geschehen oder nicht; in ersterem Falle muß sich der Käufer mit der Klage gegen den Pächter zufrieden geben, im zweiten aber kann er gegen denselben klagen; er hat aber auch seine vollen Rechte gegen den Verkäufer.

II. Hauptfall. Der Vertrag enthält die Clausula derogatoria. a) Der Verpächter veräußert den verpachteten Gegenstand dennoch unter der Bedingung, ut colonus in eadem conditione maneat, so kann nach unserm Dafürhalten der Pächter den Vertrag nicht kündigen; von einer Reciprocität zwischen den Rechten beiden Contrahenten, worauf Troplong nach altem Rechte die Meinung gründet, daß der Pächter mit dem neuen Erwerber den Vertrag nicht auszuhalten habe, kann keine Rede sein; die derogatorische Clausel giebt dem Verpächter ein Recht, nicht aber dem Pächter.

b) Dagegen wird auch nach französischem Rechte im Falle, wo bei dem Vorhandensein der derogatorischen Clausel der Verkäufer dem Käufer das Recht zugestand, den Pächter auszutreiben, derselbe auch seinerseits kündigen können. Sein früherer Vertrag schützt ihn nicht mehr, er kann nicht genöthigt werden, einen neuen Vertrag mit dem neuen Erwerber einzugehen.

c) Von den Juristen, die über das französische Recht geschrieben haben, ist die Frage behandelt und verschieden beantwortet, wie es zu halten sei, wenn im Kaufvertrag dem Käufer das Recht, welches sich der Verpächter gegen den Pächter vorbehalten hat, nicht übertragen ist, ob er jenen nicht dennoch ausbieten könne? Delvincourt [65]), Duranton [66]) und Troplong [67]) verneinen dieselbe, ohne daß Letztere ihre Ansicht eigentlich juristisch gegen den

---

[65]) *Delvincourt*, Cours de droit civil, II. Band, S. 200.
[66]) *Duranton*, XVII. Band, Nr. 148.
[67]) *Troplong*, l. c., II. Band, Nr. 411.

gegentheilige Ansicht begründeten, wogegen Zachariä[68]) dieselbe bejaht. Wir glauben vorerst den Fall ausscheiden zu müssen, wenn im Kaufvertrag bemerkt ist, daß die Güter verpachtet seien. Diese Aeußerung beschränkt das Recht des Käufers, und der Fall wird wie jener unter a) zu behandeln sein; schweigt aber der Vertrag über das ganze Verhältniß, so schließen auch wir uns den Ansichten der französischen Schriftsteller an, und es bleibt dann das Verhältniß ganz in den Termen des gemeinen Rechts. Der Käufer, der unter diesem Rechte erwirbt, unterwirft sich der Verbindlichkeit, bestehende Pächte auszuhalten und sich ereignenden Falles mit seinem recursorischen Anspruch zu begnügen, der Vorbehalt im Pachtvertrag bleibt ihnen gegenüber ein actum inter alios. Zachariä stellt eine gegentheilige Ansicht auf, verweist aber ohne weitere Begründung auf §. 183[69]); dort entwickelt er die Grundsätze des französischen Rechtes, wie dieselben sich aus dem Artikel 1122 und 1165 c. c. herausstellten[70]), und behauptet namentlich, daß ohne Weiters auch auf den besonderen Rechtsnachfolger die Rechte übergehen, welche dem Gewährsmanne wegen der besonderen Verbindlichkeit zustehen. Die Erörterung dieser beiden Artikel ist nun

---

[68]) Handbuch des französischen Civilrechts. Vierte Auflage, II. Band, Seite 428. Not. 28.

[69]) Zachariä, l. c., I. Band, Seite 391.

[70]) Den Artikel 1165 siehe oben Nr. 60; der Artikel 1122 lautet: On est censé avoir stipulé pour soi, et pour ses héritiers et ayant-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne resulte de la nature de la convention.

vielleicht das schwierigste Unternehmen im ganzen französischen Rechte; indessen ist leicht einzusehen, daß der Artikel 1122 weiter nichts sagt, als daß es eine successio singularis in ein Forderungsrecht gebe. Derjenige, der sich verbindet, ist auch dem successor singularis verbunden; wodurch aber eine solche vermittelt wird, davon steht mindestens in diesem Artikel nichts; er scheint nichts mehr und nichts weniger zu sagen, als Frag. 17. §. 5. Dig. de pactis. Aus dem Artikel 1165 folgt allerdings, daß derjenige, der eine cessio actionum verlangen kann, ohne Weiters die Klage selbst utiliter anstellen kann; die Frage ist aber: einmal, ob der Käufer, der unter dem gemeinen Rechte gekauft hat, ein Recht auf eine solche Cession hat, oder ob ihm nur ein Entschädigungsrecht zusteht? sodann, ob dem Verpächter und Verkäufer eine Action gegen den Pächter auf Räumung zusteht, wenn er verkauft und von dem ihm vorbehaltenen Rechte, die Kündigung zu bedingen, keinen Gebrauch gemacht hat? Und Beides scheint verneint werden zu müssen.

IV. Der schwierigste, wichtigste, aber auch interessanteste Streitpunkt der Lehre ist der, zu bestimmen, ob durch die Vorschrift des Artikels 1743 die Natur des Pachtrechts sich geändert hat, und aus einem persönlichen Rechte ein dingliches geworden ist? Drei Beziehungen werden speciell aufgefaßt, die man je nach der Richtigkeit des einen oder des andern Grundsatzes anders entscheidet. Giebt der Pacht ein dingliches Recht, so folgt daraus, daß auch unter zwei Pächtern derjenige den Vorzug erhält, der zuerst gepachtet, durch seinen Vertrag sohin sein Recht schon erworben hatte, ehe der andere pachtete; bleibt derselbe bei seiner

Natur als persönliches Recht, so wird der vorgezogen, der zuerst die Detention erhalten hat, oder besser, es kann von einer direkten Collision der Rechte nicht die Rede sein. In jener Hypothese wird auch der noch nicht zum Vollzug gekommene Pacht dem Kaufvertrag vorangehen, in dieser der Pächter dem Käufer vorgehen, wenn der Vertrag bereits einen Vollzug erhalten hat. Das französische Recht theilt die Rechte ein in droits mobiliers und immobiliers, je nachdem der Pacht ein persönliches oder dingliches Recht ist, wird derselbe zu der einen oder andern Classe von Rechten gezählt werden müssen. Daß bei consequenter Durchführung sich noch weitere sehr wichtige Folgen an jedes der beiden Systeme knüpfen würden, ergiebt sich von selbst. Als dingliches Recht würde der Pacht eine Veräußerung bilden, dem Verwalter entzogen sein, und für den Vormund bedürfte es eines Alienationsdecretes. Als solches wäre es nach dem System des französischen Rechts der Hypotheke fähig, [71]) nicht aber als persönliches Recht. Dem Pächter, dem nach dem System des dinglichen Rechts eine actio in rem zugesprochen wird, müßten auch als juris possessor interdicta veluti possessoria zustehen, was aber nicht der Fall ist, theils nach ausdrücklichen gesetzlichen Verfügungen theils aber nach constanter Praxis. Wie bekannt machte sich im römischen Rechtsleben auch das Bedürfniß fühlbar, in gewissen Fällen demjenigen, der berufen ist, ein Grundstück zu cultiviren, wir verstehen

---

[71]) Artikel 2118: Sont seuls suseptibles d'hypothèques: 1) es biens immobiliers etc.; 2) l'usufruit des mêmes biens etc.

hier unter cultiviren die Benutzung sowohl zum Zwecke des Ackerbaues als der Wohnung, emphyteusis und superficies, ein besser gesichertes Recht von bedeutendem Umfang zu geben, und die Cultur, abstrahirt vom Gegenstand, worauf dieselbe applicirt ist, zum Rechtsobject zu erheben [72]), namentlich wenn nicht bereits angebautes Land, schon errichtete Gebäulichkeiten einem Andern zur Benutzung überlassen wurden, vielmehr der Pächter und Miether durch seine Arbeit sich erst den Gegenstand seines Rechtes schaffen mußte. Es entstand daher neben dem Zeitpacht der ewige Pacht, und bei diesem wurde die Dinglichkeit des Rechtes in allen angegebenen Folgen anerkannt [73]), wenn es auch richtig ist, daß, nachdem das Institut des ewigen Pachtes einmal im Leben ausgebildet war, man bei einer Verpachtung auf längere Zeit die Grundsätze des eigentlichen jus vectigale belieben konnte [74]).

Bis zur Publication des Code civil galt in Frankreich das System des gemeinen Rechtes, jedoch so, wie es canonisches Recht und Praxis namentlich in Bezug auf die Privationsklagen modificirt hatten, und mit der einzigen, durch ein Gesetz der constituirenden Versammlung vom 28. September 1791 eingeführten

---

[72]) Am deutlichsten ist diese Auffassung ausgedrückt in Const. 3. Cod. de jure emphyteutico: Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae graeco vocabulo 'εμπονηματα dicuntur alienare etc.

[73]) Frag. 1. §. 1. D. si ager vect.; Frag. 15. §. 26. Frag. 66. pr. 10. de evic.; Frag. 16. D. de servit.; Frag. 16. §.2. D. de pig. act.; Frag. 5. §. 4. D. de reb. cor., qui sub. tut. Const. ult. Cod. de reb. alienis non alien.

[74]) Frag. 3. D. si ager vect.

Modification, daß in den dort aufgezählten Fällen, wenn über das Recht des neuen Erwerbers nichts bestimmt ist, dieser den Pächter eines Feldgutes nicht austreiben könne; es sollte sohin in diesen Fällen das eintreten, was gemeinrechtlich bei Fiscalverkäufen stattfindet; es wird die Bedingung: ut colonus in eadem conditione maneat, als eingerückt fingirt; daß dem gemeinen Rechte nicht derogirt werden könne, davon steht im Gesetze kein Wort [75]). Der Civilcoder geht unleugbar weiter;

[75]) Die hier einschlägigen Artikel lauten:

Art. 2. Dans un bail de 6 années et au dessous, fait après la publication du présent décret, *quand il n'y aura pas de clause sur le droit du nouvel acquereur à titre singulier*, la resiliation du bail en cas de vente du fonds n'aura lieu que de gré à gré.

Art. 3. *Quand il n'y aura pas de clause sur ce droit* dans les beaux de 6 années, en cas de vente du fonds le nouvel acquereur pourrait exiger la resilation sous la condition de cultiver lui même sa propriété, mais en signifiant le congé au fermier au moins un an à l'avance pour *qu'il sorte* a pareuil mois et jour que ceux auquel le bail aurait fini et en dedommageant au preabable le fermier a dire d'expert des avantages qu'il aurait retirés de son exploitation ou culture *continuée* jusqu'à la fin de son bail d'apres le prix de la ferme et d'après les avances et ameliorations, qu'il aura fait, a l'époque de la resiliation.

Man sieht deutlich, daß das Gesetz die Rechte der Interessenten nur regulirt, wenn keine Stipulation vorliegt, was in Frankreich um so größere Bedeutung hatte, als dort der neue Erwerber selbst im Falle, wo ihm die Erhaltung des Pachtes zur Bedingung gemacht wurde, das Ausbietungsrecht hatte, wenn er entschädigte.*) Ganz so verstand auch die Cour von Lyon dieses Gesetz**). Es bleibt mir

*) *Fenet*, l. c., Tom. XIV. p. 330.

**) *Fenet*, l. c., Tom. IV. p. 204. A l'égard des propriétés

der Pächter kann in der Regel, was auch zwischen Käufer und Verkäufer stipulirt wäre, nicht ausgetrieben werden. Der politische Grund ist allerdings das Interesse der Landwirthschaft und der Industrie; im Civilrecht reicht man aber, wenn man keinen juristischen Gesichtspunkt auffaßt, mit einem politischen Grunde noch nicht durch. Darin bestand unserer Ansicht nach die Meisterschaft der römischen Juristen, daß sie gegen politische Gründe zwar nicht taub waren, — das ganze prätorische Recht beruhte auf solchen, — aber gleichzeitig das juristische Moment festsetzten, und daher für ihre neue Schöpfung ein sicheres Element der Fortbildung erhielten. Was die Gesetzgeber unterließen, das suchen nunmehr die Juristen zu suppliren, daher die Divergenz der Ansichten.

1. Die einfachste Auffassung scheint uns jene von Proudhon[76]): es soll die Sache auf ein Vertragsrecht zurückgeführt und jeder Veräußerungsvertrag so behandelt werden, als wenn der Erwerber ea lege erworben hätte, ut colonus in eadem conditione maneat, mercedem

---

daher unbegreiflich, wie Troplong in diesem Gesetze schon den Anfang der Umgestaltung der Natur des Pachtrechtes sehen will,*) und wie selbst Duvergier, der der alten Lehre treu bleibt,**) diese beschränkte Bedeutung des Gesetzes nicht urgirt.

rurales elle ordonna, qu'à moins *de clauses formelles*, la resiliation du bail n'aurait lieu etc.

*) *Troplong*, l. c., II. N. 487. Le bail à ferme venait de recevoir le cachet du droit réel.

**) *Duvergier* du cont. du louage, I. p. 256.

76) *Proudhon*, Traité d'usufruit Tom., I., N. 102.

aut emaccessuram. Dieser Rechtsgelehrte drückt seinen Satz dahin aus: nos lois ont voulu, que l'alienation du fonds affermé ne fût consertie on censé consentie que sous la condition que le tiers acquereur y stipulât, on fût censé stipulé l'obligation personnelle d'entretenir le bail; er schließt daher den Gedanken, daß der Pacht ein dingliches Recht wäre vollständig aus [77]). Proudhon behandelt die Sache nicht ex professo, es ist ihm nur darum zu thun, eine scharfe Gränzlinie zwischen Pacht und Ususfruct zu ziehen. Wenn aber Troplong die Ansicht seines Gegners damit zu widerlegen, und sogar ad absurdum zu demonstriren glaubt, daß er behauptet, durch eine solche Fiction ließe sich jedes dingliche Recht weg raisonniren, weil man bei Servituten und Pfandrechten einen Quasicontract mit dem dritten Besitzer unterstellen könnte, so scheint uns diese Widerlegung vielmehr den Vorwurf zu verdienen, den er gegen Proudhon ausspricht, daß sie von außerordentlicher Schwäche ist. Beruht das Recht des Pächters gegen den Erwerber auf einem Quasicontract, dann ist seine Klage nur zuläßig gegen den Erwerber selbst, und gegen jeden der von diesem erworben hat, nicht aber gegen einen Dritten; dagegen ist es sehr gleichgültig, ob der gemeinschaftliche Auctor wirklich Eigenthümer war oder nicht; das Klagefundament, sowie das Beweisthema bestehen darin, daß der Beklagte sein Eigenthumsrecht von

---

77) *Proudhon*, l. c.: Si la constitution d'usufruit suppose un droit réel, il n'en est pas de même du droit de location, il n'y a ici aucun demembrement de la propriété.

dem ableite, von dem der Pächter sein Pachtrecht erhalten hat; bildet aber das Pachtrecht ein dingliches Recht, so geht die Klage gegen jeden Dritten; das Beweisthema wird aber sein, entweder, daß man von Jemanden gepachtet, der im Eigenthumsbesitz war, und wenn der Beklagte ebenfalls einen Titel nachweist, so hätte der Kläger weiter darzuthun, daß sein Auctor Eigenthümer war. Mit Recht bezieht sich auch Proudhon auf das Fr. 50. de jure fisci; der Unterschied des römischen und französischen Rechts besteht nur darin, daß jenes Recht im Interesse des verkaufenden Fiscus, nicht, wie Troplong äußert, des fiscalischen Pächters, einen dem Pächter gut kommen, den Vertrag unterstellt, während dieses Recht diesen Vertrag als unabänderlich im Interesse eines jeden Pächters annimmt.

2. Die übrigen Schriftsteller, welche die Materie ex professo behandeln, Delvincourt[78]), Duranton[79]), Toullier[80]), vorzüglich aber Duvergier[81]) und Troplong[82]), streiten heftig über die schon oben angedeutete Frage, ob das Pachtrecht ein dingliches und folgerecht ein droit immobilier, oder ob dasselbe noch jetzt ein persönliches, daher auch ein droit mobilier sei. Sämmtliche angeführte Juristen, mit Ausnahme des letztern, entscheiden sich für den Fortbestand des alten Rechtes, wäh-

---

78) *Delvincourt*, l. c., III. 188.
79) *Duranton*, l. c., XVII. 139.
80) *Toullier*, Cours de droit français III. N. 388.
81) *Duvergier*, l. c., N. 280—286.
82) *Troplong*, l. c., I. N. 4—20, II. 473—496.

rend dieser fortwährend ihm die Dinglichkeit vindicirt. Diese Behauptung stellt ihm eine doppelte Aufgabe, einmal das Pachtrecht von dem Nutznießungsrecht zu sondern und zu erklären, warum der Pacht kein Gegenstand der Hypothek werden kann, warum dem Pächter nirgends eine juris possessio und daher possessorische Mittel auf eigene Rechnung gegeben sind, während derselbe Gelehrte ihm ein Vindicationsrecht, eine actio in rem zuerkennt, endlich woher es rühre, daß solche, die über die Sache selbst gar nicht verfügen, als Vormünder, Ehemänner in Bezug auf das Eigengut der Ehefrau, Nutznießer, freiwillige Verwalter, dennoch verpachten können; sodann wieder das Pachtrecht vom emphyteutorischen Rechte zu sondern, bezüglich dessen, obschon im Code civil nirgends berührt, in Uebereinstimmung zwischen Theorie und Praxis heute noch die Grundsätze des römischen und canonischen Rechts zur Anwendung kommen [83].

a) Die erste Aufgabe sucht der angeführte Schriftsteller auf folgende Weise zu lösen. In seinem Tractat über die Ersitzung bemerkt derselbe, daß der Usufructuar, der Superficiar, der Emphyteuta, der Usuar und überhaupt jeder Servitutberechtigte keine possessio corporis habe, wohl aber eine possessio juris; dagegen hätten der Pächter, der Depositar und Commodatar durchaus keinen Besitz, weil sie nur den Besitz für einen Andern ausübten; sie hätten nur eine possession d'emprunt, sie seien nicht

---

[83]) *Duvergier*, l. c., I. N. 142—181. *Troplong*, I. N. 31—62.

propriétaire d'aucun démembrement de la chose[84]). Dieser Gedanke ist ganz unschuldig, und hier erscheinen noch der Depositar und der Pächter als ebenbürtig, in Gesellschaft mit dem Commodatar. An die Aeußerung aber, daß der Pächter nicht propriétaire d'aucun demembrement de la propriété wäre, knüpft Troplong sein Raisonnement, um den Unterschied zwischen dem dinglichen Rechte des Pächters und jenem des Usufructuars zu knüpfen. Wir müssen ihn hier selbst sprechen lassen, jede Uebersetzung könnte nur dem Eindrucke des Ganzen schaden. D'abord, sagt er, nous ferons remarquer que bail ne crée pas au profit du preneur un de ces démembrements de la chose, qui comme l'usufruit, l'usage ou la servitude appauvrisent le propriétaire et lui enlévent une portion importante du plein domaine de la propriété. Le bail est au contraire pour le maître un moyen de tirer parti de l'immeuble, tout en en conservant la substance, c'est une manière de le mettre en rapport et d'en retirer des fruits. Quand un individu passe un bail de ses héritages, il n'est personne, qui s'imagine, qu'il fractionne et amoindrit son droit de propriété, mais s'il vient à conceder un usufruit, un droit d'usage, une servitude, tout le monde comprend au premier coup d'oeil, que son domaine sere désormais moins plein et moins absolu.

La raison en est que le fermier n'a qu'une possession d'emprun, et que noménent dans le droit, qui lui

---

84) *Troplong*, Traité de la préscription, I. 365 in fine und 366.

est attribué, il reconnait, qu'il n'est, pour ainsi dire, qu'un procureur jouissant pour le maître, cultivant pour lui et percèvant les fruits, pour les partager dans la juste mesure, qui appartient d'une part au travail et de l'autre au droit préeminent de propriété. J'accorde qu'il possède, mais il ne possède pas *animo domini*, il est dominé par la pensée du droit d'autrui, qui s'attache à tous ses actes et le penètre d'un élément de precarité. Prenez au contraire un usufruitier, et un tout autre aspect frappera vos regards. Demandez lui par exemple, si lorsqu'il cultive, lorsqu'il recolte, il se considère comme le procureur, le réprésentant du nu-propriétaire. Voici ce que dans son bon sens instinctif il vous répondra sans avoir besoin de consulter les lois: sans doute ma possession tient lieu de celle du propriétaire, contre tous ceux, qui voudraient la lui ravir; sans doute à l'égard des tiers la nue propriété et l'usufruit sont censés se rèunir et se coaliser pour repousser toutes les prétentions qui prètenteraient de tirer parti de leur division accidentelle. En un mot, ces deux droits ne font qu'un et ils sont en quelque sorte solidaires l'un de l'autre pour écarter les tiers. Mais quand le debat demeure circonscrit entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, il n'en est plus ainsi. L'usufruitier possède un démembrement distinct de la chose il la possède comme maître et non pour autrui. Dans sa place il peut braver le nu-propriétaire, se poser en rival et lui dire: je ne vous dois rien. En est-t-il de même du fermier? Non, sans doute, il a beau sexalter sur la nature de son droit, son sort est lié

à celui du propriétaire; il travaille pour lui mettre son revenu dans la main, il est son intermédiaire entre sa terre et lui; il est son ouvrier, de même que le locataire est son collecteur.

Troplong greift nunmehr nicht ohne Phraseologie die Kehrseite des Bildes auf, weist nach, wie nichtsdestoweniger auch der Verpächter in seinem vollen Eigenthumsrechte durch den Pächter gestört wäre, und schließt: c'est là un empêchement, que le propriétaire doit necessairement subir, empêchement *qui affecte la chose*, et qui la suivant dans quelques mains qu'elle passe, *semble* [85]) constituer d'après le droit nouveau un droit réel pour le fermier, c'est à dire un droit absolu et non pas seulement un rapport entre le bailleur et le preneur.

Troplong macht sich nun selbst den Einwurf, wie man das zusammenreimen könne, daß der Pächter ein dingliches Recht haben und nichtsdestoweniger, um uns immer noch der Terminologie des französischen Schriftstellers zu bedienen, nicht propriétaire d'aucun démembrement de la chose sein solle? und löst das Räthsel folgender Art: Pour juger la nature d'un contrat il ne faut pas se laisser influencer par quelques particularités secondaires et quelques inconvenients, qui loin d'être dans sa nature ne sont que de rares accidents. Or en these générale le bail appliqué à une

---

[85]) Dieser bescheidene Ausdruck: semble will nichts heißen, denn gerade die Dinglichkeit des Rechts des Pächters nachzuweisen, ist die Hauptaufgabe der ganzen Deduction.

chose est un mode très-utile d'exploitation, bien plus qu'un démembrement de la propriété, c'est un moyen de receuilir les fruits par une combinaison avantageuse. Il suit de lá que cette combinaison ne crée pas une propriété distincte, prise sur la propriété même à son préjudice et à son détriment. *Je compare le bail à un élément étranger qui s'incorpore dans la chose pour en faire sortir les produits, à peu près comme un reservoir qu'on applique à une lampe, pour lui fournir l'aliment qui entretient la lumière. Donc par cela même qu'il s'y ajoute, il ne le démembre pas*, il le met en état de rapport au lieu de le fractionner . . . . tout droit absolu est un droit réel, et celui dont nous parlons à ce caractère. Mais si après cela, on veut prétendre que ce droit réel démembre le domaine de la chose louée, mon esprit repugnera àcette assertion. Le fermier ne prend d'une main que pour donner de l'autre . . . son droit ne s'asseoit sur la chose, que pour qu'elle ne soit pas stèrile pour le maître . . . on ne saurait donc donner au bail le nom de démembrement comme a l'usufruít et la servitude. Objectera-t-on, fährt Troplong fort, qu'il n'y a pas de droit réel sans un démembrement du domaine? Dieser Einwurf wird kurz abgefertigt: Mr. Delvincourt n'était pas de ce sentiment, puisqu'il disait *»l'hypothèque, quoique droit réel, n'est pas un démembrement de la propriété* [86]).

Troplong nimmt sonach zweierlei Arten von dinglichen

[86]) Tom. d. III. 293. Note N. 4.

Rechten an, solcher nämlich, welche dem Rechte nach aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums abgelöste Befugnisse enthalten [87]), und solcher, — den Gegensatz drückt der französische Jurist nicht mit Schärfe aus, wir recurriren daher auf die deutsche Literatur, — wo Jemand entweder ein in der Regel dem Eigenthümer allein zustehendes Recht an der Sache als Procurator desselben, jedoch als unwiderruflicher, selbstständig zur Ausübung bringt [88]). — oder wo Jemand fremde Rechte an Grund und Boden gegen Entrichtung eines jährlichen Pachtes **unabhängig** vom Eigenthümer (so weit dieses mit dem fremden Eigenthum bestehen kann) **auszuüben** berechtigt ist [89]), während in beiden Fällen das Eigenthum dem Rechte nach ein volles bleibt. Wir werden augenblicklich auf den Werth dieser Distinction an und für sich zurückkommen, nach welcher sich die Realität der Servituten, des Pfandrechts und der Emphyteuse ihrem innern Wesen nach unterscheiden soll, obschon diejenigen, welche eine solche Distinction annehmen, wieder unter sich uneinig sind [90]). Auffallend ist das Zusammentreffen eines

---

87) Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, 2. Auflage, I. Band. Seite 295.

88) Büchel, l. c., S. 299.

89) Büchel, l. c., S. 306. Dessen Definition von der Emphyteuse.

90) F. v. Scheurl, Bemerkungen zur Lehre von den Servituten n der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, XII. Band, II. Heft, N. VII. Büchel, l. c. — Ueber jura in re und deren Verpfän-

der gründlichsten französischen Juristen mit dem Resultate deutscher Forscher, sowie bemerkenswerth die logische Schärfe letzterer verglichen mit der Verschwommenheit und der rhetorischen Manier des Franzosen. Daß aber, die Unterscheidung auch im Allgemeinen zugegeben, derselbe seine Aufgabe nicht gelöst hat, scheint uns ganz außer Zweifel. Usufructuar und Pächter sollen ein dingliches Recht — droit absolu — haben, beide können es nach Troplong gegen Dritte geltend machen, beide haben keinen Sachbesitz, possessio corporis, sie detiniren die Sache als solche nomine alieno, das sagt uns übrigens der code civil ausdrücklich [91]; nicht zu bestreiten ist aber, daß der Usufructuar einen Rechtsbesitz hat — das giebt Troplong selbst zu — derselbe hat auch possessorische Rechtsmittel [92]. Warum hat aber der Pächter, der ebenfalls ein dingliches Recht hat, diese possessio juris, und daher die possessorische Klage nicht? [93] Daß mit seinem ding-

---

pfändung: Bachofen, Das römische Pfandrecht, I. Band, N. IV., S. 97—138. Dagegen: Arndts Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. III. Band, II. Heft, N. VII.

[91]) Art. 2236. Ceux qui possèdent pour autrui ne préscrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit Ainsi, le fermiér, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent pércairement la chose du propriétaire, ne peuvent la préscrire.

[92]) Les lois sur la procédure civile par *Chauveau Adolph*, Tome I. p. 94. Not. 1. Pariser Ausgabe. Traité du droit de la possession par *W. Belime*, N. 302. *Proudhon*, de l'usufruit I. p. 20. III., N. 1260—1266. *Troplong*, Traité de la préscription, I. N. 363—365.

[93]) Art. 1726 und Troplong, l. c., ad h. art. N. 171.

lichen Rechte ein Vertragsverhältniß verbunden ist, kann kein Hinderniß sein, es findet sich ganz derselbe Umstand bei dem Emphyteuta, und diesem hat noch Niemand die possessorischen Klagen versagt. Nach der Ansicht von Troplong hat von zwei Pächtern, welche von derselben Person gepachtet haben, der erste den Vorzug. Setzen wir, der erstere sei im Genusse des Pachtgutes, der zweite Pächter erlaubt sich allerlei Besitzstörungen gegen ihn; selbst hätte er kein possessorische Klage, er müßte daher seinen Verpächter auffordern, die possessorische Klage anzustellen; diesem stünde aber offenbar, weil er in der Hypothese dem Störenden selbst verpachtet hat, die exceptio doli entgegen; es bliebe ihm sohin weder ein direktes, noch ein indirektes Mittel übrig, sich in seinem Besitze zu schützen, während er, wenn er den Besitz aufgiebt, petitorisch seinen Proceß gewinnen muß! Der Ususfruct ist Gegenstand der Hypotek; warum ist es der Pacht nicht? Troplong findet darin den Grund, weil der Pächter in der Regel ein Bedeutendes als Pachtgeld zu bezahlen hat, sein Gewinn unsicher ist, derselbe sogar eine remissio mercedis verlangen kann [94]). Nimmt man die Sache sehr streng, so könnte man gerade aus dem Umstand, daß ein Pachtnachlaß im Falle des Mißwachses verlangt werden kann, einen Grund mehr für die Persönlichkeit des Rechtes finden; denn gerade weil nichts Sachliches im Pachtvertrage liegt, weil die ganze Verbindlichkeit des Verpächters nur darin besteht, dem Pächter das Gut zur Cultur im eigenen Interesse zu überlassen, und der Pachtpreis wieder nur das

---

[94]) *Troplong*, l. c., p. 107, 108. Art. 1769. c. c.

Aequivalent der zur Perception überlassenen Früchte ist, um deswillen kann ein solcher Nachlaß gefordert werden, der bei der Constitution des Usufructs, selbst wenn eine jährliche Entschädigung dem Eigenthümer sollte bezahlt werden, so wie bei der Emphyteusis, nicht gestattet ist. Ohne auf diesen Umstand ein größeres Gewicht zu legen, als er verdient, ist doch gewiß der aus dem geringen Emolument des Pächters entnommene Grund kaum nennenswerth.

Wir gehen aber weiter, und hier haben wir es mit sehr achtbaren deutschen Autoritäten zu thun. Nach unserer Ein- und Ansicht ist der ganze Unterschied zwischen dinglichen Rechten die eine Ablösung gewisser Rechte aus dem Eigenthumsrechte enthalten, und solchen, wo dieses nicht der Fall ist, nicht begründet, vielmehr kann man in einem gewissen Sinne von jedem jus in re aliena sagen: das Eigenthumsrecht bleibt **dem Rechte nach** unversehrt, und der dinglich Berechtigte übt Theile aus dem Eigenthumsrecht als fremdes Recht selbstständig in eigenem Namen aus, und wieder in einem andern Sinne: der Inhalt eines jeden dinglichen Rechtes ist dem Eigenthumsrechte entnommen. Intensiv mißt sich das Eigenthumsrecht aus, wenn man, wäre es der Sprache oder der Einbildungskraft möglich, erschöpfend alle Dispositionsarten aufzählt, die man über eine Sache treffen und die zu treffen man einem Andern verbieten könnte; da dieses unmöglich ist, so identificirt sich das Eigenthumsrecht mit der Sache; der Ausdruck: diese Sache ist mein, drückt die der Zahl nach unbestimmte Größe der Befugnisse aus, die im Eigenthume liegen; extensiv mißt sich die Größe des Eigen-

thumsrechts an der geometrischen Größe der Sache aus, die dessen Gegenstand bildet. Die dinglichen Rechte an einer fremden Sache vermindern das Eigenthum in seiner Intensität; wollten wir nun sagen, um so größer diese dinglichen Rechte sind, um so viel kleiner ist das Eigenthumsrecht, so würden wir uns die Auffassungsweise wohl sinnlich am Besten darstellen können, wenn wir die Verminderung in intensiver Beziehung gleich behandelten, wie die Verminderung in extensiver Beziehung. Wenn sohin das volle Eigenthum = x nicht als unbekannte, wohl aber als unbestimmte Größe dargestellt wäre, so würde das mit einem dinglichen Rechte belastete Eigenthum dargestellt werden mit x—a [95]). In diesem Sinne findet bei keinem dinglichen Rechte eine Ablösung Statt, vielmehr ist a immer noch in x begriffen. Wäre dieses nicht der Fall, so würde der Eigenthümer nicht mehr die Sache besitzen, sondern er würde nur besitzen x—a; das ist aber nicht wahr, vielmehr ist es bekannt, daß derselbe, abgesehen von dem, was beim Pfandrecht rücksichtlich der possessorischen Interdicte gilt, trotz aller dinglichen Rechte immer noch die possessio corporis hat, was denn doch offenbar nicht einmal gedacht werden könnte, wenn x—a der Intensität nach gleich wäre x—a der Extensität nach. Bei der Emphyteusis wurde zwar behauptet, der Emphyteuta habe die possessio corporis, und da man dem Eigenthümer doch nicht jeden Besitz abschneiden kann, und auf der andern Seite jedenfalls zwei justae possessiones an derselben Sache von

---

[95]) Dieser Gesichtspunkt ist quellenmäßig. Frag. 4. D. de usufructu: Ususfructus in multis casibus pars dominii est.

den Römern nie angenommen wurden, glaubte v. Savigny einen abgeleiteten Besitz annehmen zu müssen; es war uns daher sehr erfreulich, von Arndts[96]) die Ansicht vertheidigt zu sehen, die wir immer lehrten, daß der Emphyteuta ebenfalls eine possessio juris habe und auch hier die possessio corporis bei dem Eigenthümer verbleibe. Es würde weiter daraus folgen, daß der Eigenthümer sein Eigenthum nur ersitzen könnte, in so weit dasselbe durch das dingliche Recht nicht ellidirt wäre, was natürlich nicht der Fall ist. Endlich würde daraus folgen, daß der Eigenthümer, in so weit der Inhalt des dinglichen Rechts geht, keine Vindicationsklage anstellen könnte, was gegen alle Quellenzeugnisse streitet. Was die Prädialservituten angeht, so haben wir in einer Stelle aus Ulpians 17. Buche ad edictum[97]) einen sehr prägnanten Beweis:

> Competit de servitute actio domino aedificii neganti servitutem se vicino debere, cujus aedes non in totum liberae sunt, sed ei, cum quo agitur, servitutem non debent; verbi gratia habeo aedes, quibus sunt vicinae seianae et sempronianae; sempronianis servitutem adversus dominum seianarum volo experiri, in rem actione experiar; licet enim aedes meae serviant, ei tamen, cum quo agitur non serviant; hoc igitur intendo habere me jus altius tollendi

[96]) Arndts, Vom Besitze der Emphyteuse, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. III. Band. III. Heft. N. VII.

[97]) Frag. 4. §. 7. D. si servit. vind.

invito eo, cum quo ago, quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo.

Im 21. Buche ad edictum behandelt Paulus die Lehre von der rei vindicatio [98]); aus demselben Buche haben wir folgende Stelle, die offenbar davon handelt, auf welche Weise der nudus proprietarius seine Eigenthumsklage gegen einen Dritten anstellt [99]):

Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, cujus usus fructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cujus non dici potest ulla pars alterius esse, hoc et Julianus et est verius.

Diese Stelle hebt wohl mit Schärfe den Gegensatz zwischen einer Getheiltheit des Eigenthums der Intensität und der Extensität nach heraus, und stellt in erster Beziehung den Ususfructus ganz auf gleiche Linie mit den Prädialservituten. Also bis zum jussus de restituendo und was den Präjudizialpunkt angeht: an rem actoris sit, geht der Eigenthumsprozeß ganz gleichmäßig, ohne Unterschied, ob der volle oder der nackte Eigenthümer klagt. Was die Restitution angeht, so hat es insoweit ebenfalls keinen Anstand, daß der Beklagte dem Kläger die Sache aus dem Grunde nicht vorenthalten kann, weil er von

---

98) Frag. 2, 10, 12, 14, 16, 21, 23, 33, 35. D. de rei vindic.

99) Frag. 25. D. de V. S.

Seiten des Usufructuars der vindicatio ususfructus oder der vindicatio juris ausgesetzt ist, indem er die Klage nicht mehr auszuhalten hat, wenn er nicht mehr besitzt, und nicht dolo malo zu besitzen aufgehört hat, was natürlich da nicht eintritt, wo er nach vorhergegangenem Urtheil auf richterlichen Befehl restituirte. Der Usufructuar stellt alsdann seine Vindicationsklage gegen den Proprietar an. Wenn aber noch während der Dauer des Rechtsstreites mit dem Proprietar der Usufructuar mit seiner juris vindicatio auftritt, dann liegt es in der Proceßleitungspflicht des Richters, dafür zu sorgen, durch Cautionen, durch Ernennung eines Sequesters, durch Verbindung beider Processe, oder auch durch Sistirung des einen Rechtsstreites und Behandlung des andern als Präjudicialpunkt, daß der Beklagte keine doppelte Condemnation erleidet. Anders steht die Sache mit der Früchterestitution; es könnte scheinen, daß auch in dieser Beziehung die Vindicationsklage ihren regelmäßigen Gang einhält, um so mehr, als in einem solchen Falle nur separirte und keine percipirten Früchte vorhanden sind, daher vorläufig der Usufructuar kein Recht an denselben hat. Indessen ist dieses nur Schein, eine Früchterestitution kann der Proprietar nicht verlangen; aber nicht um deswillen, weil der Ususfructus vom Eigenthum abgelöst ist, sondern weil hier der Gesichtspunkt entscheidet, daß der Vindicant nur die Früchte verlangen kann, die er, wenn er die Sache gehabt hätte, selbst hätte gewinnen können, überhaupt entscheiden hier überall Billigkeitsrücksichten, das officium judicis, und die Früchte hätte der Proprietar nicht gewinnen können, die dem Usufructuar gehören. Wir finden den Satz und

den Gesichtspunkt angegeben in einer Stelle desselben Paulus, aus dem angeführten Buche [100]:

> Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt, et ideo si dolo vel culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem, putantis, eousque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non periisset, id est, ad rei judicandae tempus, quod et Juliano placet. *Hac ratione* si nudae proprietatis dominus petierit, et inter moras ususfructus amissus est, ex *eo tempore*, quo ad proprietatem ususfructus reversus est, ratio fructuum habetur.

Ganz dasselbe, was von der Vindication gilt, gilt auch nach einer andern Beziehung hin von der in jure cessio; der nudus proprietarius kann sogar sich durch eine Scheinvindication ohne Weiteres abvindiciren lassen, und zwar noch in der Zeit, wo ein Anderer den Ususfructus hatte, während überhaupt eine in jure cessio ex tempore nicht statthaft war. Beides erfahren wir wieder durch Paulus; in seinem 1. Buche Manualium bemerkt derselbe [101]:

> Ex certo tempore legari potest. An et in jure cedi, vel an adjudicari possit, variatur. Videamus, ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro [102].

---

[100] Frag. 33. Dig. de rei vindic.

[101] Frag. Vatic. §. 49 (de usufructu).

[102] cf. Frag. 35. Dig. de judic.

Aus einer Monographie desselben Juristen de jure singulari [103]) ist uns aber folgende Stelle erhalten:

> Quod nostrum non est, transferimus ad alium, veluti is, qui fundum habet, quamvis usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest.

Daß hier cedere ursprünglich gelautet hat: in jure cedere potest, kann als sicher angenommen werden.

Wenn sohin nachgewiesen zu sein scheint, daß von einer förmlichen Zergliederung des intellectuellen Inbegriffs des Eigenthumsrechts bei keinem dinglichen Rechte die Rede sein kann, so liegt es nicht weniger offen, daß bei Collision zwischen dem dinglich Berechtigten an fremder Sache und dem Eigenthümer jener den Vorzug hat, daß jener gegen diesen, wie gegen jeden Dritten eine actio in rem hat, mit andern Worten, daß durch das dingliche Recht das Eigenthumsrecht beschränkt ist und der dinglich Berechtigte sein Recht unabhängig vom Eigenthümer ausübt. Will man sich dieses Verhältniß damit klar machen, daß man die Sache so ausdrückt: das Eigenthum sei **dem Rechte nach** unversehrt, der dinglich Berechtigte übe aber den Inhalt seines Rechtes als eigenes Recht, unabhängig vom Eigenthümer, und sogar gegen denselben aus, so läßt sich dagegen nichts sagen; das scheint aber bei allen dinglichen Rechten an fremder Sache zu gelten: so wie der Pfandschuldner trotz des constituirten Pfandrechts veräußern kann, ebenso kann der nudus proprietarius einen Usufructus constituiren, ebenso kann derjenige,

---

[103]) Frag. 63. Dig. de usufr.

dessen Haus mit der Servitus altius non tollendi belastet ist, die actio negatoria gegen den Prohibenten anstellen. So wie aber durch die Constitution des Usufructus dem bestehenden nicht präjudicirt werden kann, so kann auch natürlich die Veräußerung des Pfandschuldners dem Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers jure proprio nicht vorgreifen. Wenn nun in manchen Lehren sich allerdings nicht unbedeutende Varietäten bei den verschiedenen dinglichen Rechten ergeben, so erklären sich dieselben aus dem verschiedenen Inhalt dieser Rechte und aus darauf gegründeten Interpretationsregeln des menschlichen Willens [104]).

b) Die zweite Aufgabe, die Troplong zu lösen hatte, bestand darin, die Unterscheidungsmerkmale zwischen Pacht und Emphyteuse zu bestimmen. Er thut dieses an mehreren Orten seines Werkes, aber nicht mit der gehörigen Schärfe und, wie wir glauben, auch nicht mit Berücksichtigung des heutigen Standpunktes der Legislation. Wo er mit Bellot des Minieres, Verfasser eines Werkes über die Gütergemeinschaft, der ebenfalls in einem Aufsatze des Journals: le droit vom 20. Mai 1836 die Ansicht vertheidigt, daß das Pachtrecht ein droit mobilier sei, controvertirt, ruft er mehr declamatorisch, als logisch raisonnirend aus [105]):

---

[104]) Auf die bei Gelegenheit unseres Hauptthema's von Troplong vorgebrachte Unterscheidung zwischen den dinglichen Rechten mußten wir uns im Allgemeinen darüber erklären, was wir von derselben denken, eine weitere Ausführung des blos Angedeuteten würde aber unpassend sein.

[105]) *Troplong*, l. c., p. 105.

Oui, sans doute le preneur a bail emphythéotique paie une redevance au bailleur, mais quelle redevance? Est-ce une redevance à titre d'indemnité de la jouissance concedée au preneur et comme representation du produit net, degagé de ses travaux? Pas le moins du monde. La redevance qui se paie dans l'emphytéose n'est établie qu'à titre de la reconnaissance de la directe. Pensio, disent les docteurs, constituitur non pro mercede, in quo differt a locatione, sed in recognitionem dominii directi.

Weiter unten an einer andern Stelle seines Werkes, wo er die Lehre von der Emphyteusis ex professo vorträgt [106]), wiederholt er die angeführte Doctoraldefinition und fügt hinzu: J'insiste sur ce point, parcequ'il est capital et qu'il montre entre le bail et l'emphythéose une grave difference inconnue du droit romain et introduite lentement par les moeurs du moyen age.

Allerdings muß dieser Gelehrte auf diese Unterscheidung insistiren, sie bildet den Angelpunkt seiner ganzen Lehre. Daß das römische Recht von einer Präſtation in recognitionem dominii directi eben so wenig etwas weiß, als von den Begriffen eines doppelten Eigenthums, daß nach diesem Rechte, nach Aufhebung des nudum jus quiritium ein duplex dominium ein silbernes Eisen ist, daß ein solches von jeher nur im Verhältniß zweier geschiedenen Rechte, das jus quiritium und jus gen-

---

[106]) *Troplong*, l. c., p. 185.

tium [107]), nicht aber in einem und demselben Rechte bestand, ist heute von Niemanden mehr bezweifelt. Hervorgegangen aus einer etwas unexacten Terminologie der Glossatoren, um die Rechtsmittel zu bezeichnen, konnte der Begriff sich unter der Herrschaft des Feudalrechts eine Realität erwerben, indem überhaupt durch jenes Recht öffentliches und Privatrecht untermengt wurde und dem dominus directus eine Reihe von Rechten eingeräumt wurden, die zum öffentlichen Rechte gehören. Im neuen französischen Rechte läßt sich von einem dominium directum und utile nicht mehr sprechen. Ewige Erbpächte können nicht mehr bestehen nnd nicht mehr stipulirt werden [108]); die längste Dauer eines Pachtes ist auf 99 Jahre bestimmt, nach deren Verlauf die Emphyteuse erlischt. Der dominus emphiteuticarius ist ſsohin wahrer dominus, der Emphyteuta ein Pächter auf längere Zeit; es kann also von einer Pachtzahlung in recognitionem dominii directi unmöglich die Rede sein. Eben so wenig kann es als wesentliches Merkmal im Begriffe angenommen werden, daß nur verpachtet werden bereits in Cultur befindliche Güter, und vererbpachtet solche Ländereien, die noch nicht cultivirt sind; nicht minder unbestimmt ist es, ein Verhältniß zwischen Revenue und Canon als entscheidend gelten zu lassen. Die Emphyteuse ist heute in Frankreich vorzüglich wieder in Gebrauch gekommen bei Gütern der milden Stiftungen und der Krone, zur Ver-

---

[107]) Gaius Com. II.

[108]) Gesetz vom 18.—29. August 1790.

einfachung der Administration [109]. Es giebt daher unseres Dafürhaltens kein anderes Auskunftsmittel als das, welches schon das römische Recht an die Hand giebt. Die Gesetzgebung kennt zwei Institute, wodurch der Eigenthümer den Grund seines Eigenthums gegen eine jährliche Prästation überlassen kann, ohne daß eine persönliche Beziehung des Grundberechtigten dabei in Betracht kömmt: das Institut der einfachen Verpachtung und jenes der historisch sogenannten Erbverpachtung. Jenes hat den Zweck, dem Pächter nur ein persönliches Recht, dieses, ihm ein dingliches Recht zu übertragen; den Eigenthümern steht es frei, sich des einen oder des andern Rechts zu bedienen. Aus dieser innern Verschiedenheit der Natur der concedirten Rechte lassen sich alle Folgen ableiten, die das eine oder das andere Institut charakterisiren. Haben sich die Parteien im Vertrag erklärt, welches Geschäft sie eingehen wollen, und es walten keine persönlichen oder sachlichen Verhältnisse vor, dann macht der Vertrag die lex inter partes; im Zweifel liegt eine quaestio facti vor, und hier können allerdings die Verhältnisse, ob das concedirte Land schon cultivirt ist oder nicht, auf welche Zeit, wie groß der Pacht ist 2c., den Ausschlag geben, während nach allgemeinen Grundsätzen im Zweifel für die geringste Concession zu entscheiden sein wird [110]. Daß aber damit die Ansicht von Troplong nicht bestehen kann, ist hierdurch klar ausgesprochen.

---

[109] Bullet. des lois, IV. sér. 18. No. 315. Senat. cons. vom 30. Jan. 1810. Art. 14.

[110] Frag. 1. princ. Fr. 3. si ager vect.

3) Die oben unter 1. angeführte Aeußerung schließt Proudhon mit der Bemerkung: Ce (dieser subintellegirte Vertrag) donne bien au fermier un droit de retention sur la jouissance, mais non un droit réel sur le fond. Wenn Proudhon hier das Recht des Pächters auf ein bloßes Retentionsrecht beschränken wollte, was jedoch aus seinem Ausdrucke sich nicht mit Klarheit entnehmen läßt, so kann mindestens diese Beschränkung nicht als exact angenommen werden, indem aus dem subintellegirten Vertrag sich sogar ein Klagrecht für den Pächter ergiebt, überhaupt von einem bloßen jus retentionis in technischem Sinne des Wortes nicht die Rede sein kann.

§. 8.

Wir haben nunmehr mit wenigen Worten unsere Ansicht über das Hauptthema unserer Abhandlung anzugeben.

1) Da nach französischem Rechte durch Verkauf, Schenkung, Testament Eigenthumsrecht übergeht, auf der andern Seite aber der Vertrag auch nach diesem Rechte nur jus inter partes macht, so bleibt der Satz, daß der Käufer ohne Weiteres verbunden ist, den Vertrag seines Autors mit dem Pächter auszuhalten, ein jus singulare, welches contra rationem juris eingeführt ist, das heißt, gegen die logische Consequenz eines allgemeinen Rechtsprincips, dessen Festhaltung allein dem Rechte einen wissenschaftlichen Charakter giebt und dessen Vernachlässigung die Theorie zu einem Agglomerat gesetzgeberischer Willkührlichkeiten, unverdauter Einfälle und Blindekuh-

spielereien herabdrückt, die Praxis aber ohne sichere Leitung einer Verschwommenheit und Haltlosigkeit preisgiebt, hinter welche sich die gehässigste Parteilichkeit eine sichere Hütte bauen kann. Daß die Redner aus dem Staatsrath und Tribunat, wenn sie nicht hier und da eine andere Benennung verdienen, die ratio juris eine Subtilität nennen, und mit dem Satze: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet karfunkeln, kann uns nicht imponiren. Das logisch, sowie das physisch Unmögliche kann vom Gesetzgeber aus besondern Rücksichten vernachlässigt, aber nicht logisch und nicht physisch möglich gemacht werden [111]); die Anwendung dieses Satzes auf das vorliegende Verhältniß ist aber eine logische Unmöglichkeit. Hätten diese Juristen an ihre eigene Satzung im Artikel 1141 c. c. gedacht [112]), so würden sie sich ihres Trugschlusses erinnert haben. Wenn aber Troplong aus dieser Aeußerung ein Argument für seine Ansicht macht [113]), so vergißt er, daß die französischem Juristen die ratio legis eine Subtilität nennen, was er selbst so

---

[111]) Frag. 2. §. 1. Dig. de usufruct. ear. rer., quae non consumuntur: Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie est, nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit, sed remedio introducto coepit, quasi ususfructus haberi.

[112]) Art. 1141. c. c.: Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préféré eet en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que la possession soit de bonne foi.

[113]) *Troplong*, l. c., II. p. 292.

bitter tadelt [114]), daher von der Anwendbarkeit jenes Satzes selbst nach römischem Rechte ausgehen; daß ferner diejenigen, die schon nach gemeinem Rechte den Satz: Kauf bricht Miethe, angreifen, sich desselben hier ohne Zweifel unrichtigen Arguments bedienen. Der politische Rechtsgrund, warum man die ratio juris verließ, bestand darin, daß man dem Pächter ein festeres Recht geben wollte, und zwar im Interesse des Ackerbaues und der Industrie. Darüber muß aber auch nach französischem Rechte der Grundsatz gelten: quod contra rationem juris introductum est, non producitur ad consequentias [115]). Wenn auch die römischen Juristen, aus deren Werken in unser corpus juris excerpirt ist, auf so glimpfliche Weise mit dem jus singulare nicht umgingen, so hatten sie von Staatswegen ein ganz anderes jus interpretandi als unsere Juristen, sowie der römische Prätor andere Attributionen hatte, als unsere Gerichte [116]). Eine sogenannte extensive Interpretation, oder besser die Ergänzung des Gesetzes dadurch, daß man aus demselben politischen Grund andere Fälle, die der Gesetzgeber ganz nicht reguliren wollte, dennoch analog selbst regulirt, findet nicht Statt. Damit steht nicht in Widerspruch, wenn wir unter I. anscheinend extensiv interpretirt haben; denn dort sind wir nicht über den Willen des Gesetzes hinausgegangen, wir haben seine viel weitere Absicht hinter dem grammatisch zu eng gewählten Ausdruck erkannt, und das kann einen

---

114) l. c., II. 283.
115) Frag. 14. Dig. de legibus.
116) Const. Deo auct. de concept. Dig. §. 4.

Zweifel nicht leiden, daß auch beim jus singulare der ganze Willen des Gesetzgebers zur Anwendung kommen muß und daß der Willen desselben nicht immer in dem engen Wortausdruck sich eingezwängt findet [117]).

2) Der Gesetzgeber bestimmt, daß derjenige die Sache erworben hat, also der neue Eigenthümer den Pächter nicht austreiben darf, ne peut expulser le fermier ou le locataire, und setzt sohin ganz deutlich voraus, daß der Pachtvertrag schon einen Vollzug erhalten hat. Wir schließen daher allerdings mit Duvergier, daß, wenn der Pächter die Detention noch nicht hatte, er gegen den neuen Erwerber keine Klage hat. Schon das römische Recht scheint in seinen Verfügungen, welche das Gegentheil bestimmen, denselben Fall vorauszusetzen, und in diesem Falle allein konnte die Sache einigermaßen ein Bedenken haben. Daß der Pächter, der das Pachtgut noch nicht bezogen habe, denselben Schutz verdiene, als ein solcher, der gewissermaßen schon im Besitze ist, ist nicht einmal durchgehends wahr, aber nach den angegebenen Interpretationsregeln durchaus von keiner Wichtigkeit. Was Troplong hiergegen vorbringt, ist zu schwach, abgesehen von dem lahmen Schlachtroß: nemo plus juris u. s. w., das so oft und so zur Ungebühr vorgeführt wird, ist es nur noch eine Aeußerung in der Discussion, der ein übergroßes Gewicht beigelegt wird. Der Tribun Jaubert bemerkt in seinem Vortrag im gesetzgebenden

---

117) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I. Band, §. 32—37.

Körper, daß bereits die constituirende Versammlung in Bezug auf Feldgüter und bei Pächten unter 6 Jahren dem römischen Rechte derogirt habe, und fügt hinzu: il fallait compléter la reforme [118]). Das wäre aber, sagt Troplong, sonderbar, wenn die Gesetzgebung, indem sie jetzt den Vollzug des Pachtes voraussetzte, einen Rückschritt gemacht hätte [119]). Derselbe setzt also als unumstößlich voraus, daß die loi vom 26. September 1790 nicht einen schon vollzogenen Pacht voraussetzte. Wir haben oben S. 77 Not. 71. die Worte des Gesetzes angeführt, die Ausdrücke: qu'il sorte und continuée souligniren lassen, um nachzuweisen, daß auch hierin Troplong zu irren scheint.

3) So wenig wie wir das Gesetz auf den noch nicht zum Vollzug gekommenen Pacht anwenden, so wenig können wir die Rangfolge zweier Pächter nach dem Datum ihres Vertrags reguliren; beide Pächter haben nur persönliche Ansprüche, und es ist in der Wahl des Verpächters, wem er in Natur und wem er durch Entschädigung erfüllen will. Eine solche Innovation, wie sie hier Troplong im Wege einer willkürlichen Unterstellung finden will, liegt nicht in dem Rechte des interpretirenden Juristen.

4) Für den Fall aber, den der Gesetzgeber allein im Auge hat, nämlich wenn der Pächter im Augenblicke, wo die Veräußerung zur Perfection kömmt, schon die Detention hat, haben wir die juristische Grundlage des Rechtes des

---

118) *Fenet,* l. c., Tom. XIV. §. 352.

119) *Troplong,* l. c., II. p. 291.

Pächters in einem Quasicontract gefunden; der neue Erwerber ist ganz so verbunden, als hätte er unter der Bedingung, ut colonus in eadem conditione maneat, erworben; diese Bedingung profitirt dem Pächter schon nach römischem Rechte, mehr aber nach den oben entwickelten Grundsätzen des französischen Rechtes [120]). War sohin der Pächter in Detention, so hat er nicht nur eine Exception, sondern er hat, wenn er etwa diese an den neuen Eigenthümer verliert, auch eine Action. Wir interpretiren hier nicht extensiv nach dem politischen Grunde des Gesetzes, sondern wir sagen, nach dem juristischen Gesichtspunkt, den uns die Rechtsentwickelung an die Hand giebt, hat der Pächter auch eine Action, so daß dasjenige, was das römische Recht nur im Falle der Lex venditionis, die mittlere Gesetzgebung für den Fall, wo keine entgegenstehende Clausel vorliegt, gelten läßt, jetzt der Art zu gelten hat, daß es nur durch eine ausdrückliche Derogation im Pachtvertrag nicht zur Anwendung kommt.

B. Preußische und österreichische Gesetzgebung.

§. 9.

Das preußische Landrecht bestimmt in seinem I. Theil, XIX. Tit. §. 3. im Allgemeinen, „Ist die Sache, an welche Jemanden ein blos persönliches Recht zustand, an einen Dritten veräußert worden, und dieser hat die persönliche Pflicht des vorigen Besitzers nicht mit übernommen, so ist der persönlich Berechtigte in der Regel nur

---

[120]) Art. 1122. c. c.

von seinem Schuldner Schadloshaltung zu fordern befugt",— also übereinstimmend mit dem römischen Recht; dagegen finden wir bei dem freiwilligen Verkauf im Falle einer bestehenden Verpachtung oder Miethe in demselben Theil XXI. Tit. §. 358 und §. 359: „Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pachters nichts geändert; — war der Pacht oder die Miethe zur Zeit des Verkaufs durch Uebergabe noch nicht vollzogen, so finden zwischen dem Pächter oder Miether und dem Käufer die allgemeinen Vorschriften des XIX. Tit. §. 3—6 Anwendung." Im Allgemeinen würde sohin das preußische Landrecht mit dem französischen Recht übereinstimmen, so wie wir letzteres verstehen. Das österreichische Gesetzbuch §. 1095 setzt fest: „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß." Wir besitzen keine hinlängliche Literatur über diese vaterländischen Gesetzgebungen, um in eine Analyse dieser Bestimmungen eingehen zu können, wir müssen nur bemerken:

1) daß auch das österreichische Gesetzbuch den Pachtvertrag nicht zum dinglichen Rechte erhebt, sondern sich nur ausdrückt, daß das persönliche Recht bei gehöriger Publicität dem neuen Erwerber gegenüber als ein dingliches Recht zu behandeln sei.

2) Indem dieses Gesetzbuch sich ausdrückt: die noch übrige Zeit, scheint dasselbe ebenfalls vorauszusetzen, daß der Vertrag schon einen Vollzug erhalten hat.

III. Legislatorischer Gesichtspunkt.

§. 10.

Stellen wir uns zum Schlusse dieser Abhandlung auf den Standpunkt des Gesetzgebers, und fragen, wie er bei einer neuen Legislation unsere, wie es sich durch diese Abhandlung zeigte, tief eingreifende Lehre reguliren soll, so glauben wir von folgenden Gesichtspunkten ausgehen zu müssen.

1) Das Eigenthumsrecht ist und bleibt die Seele des eigentlichen Privatrechts, das reine Personenrecht möchte jetzt kaum mehr zum Privatrecht zu zählen sein, das Forderungsrecht dagegen, wenn auch nicht immer, dient doch größtentheils Eigenthumsrecht zu schaffen, ist daher seiner ganzen Stellung nach diesem untergeordnet. Das Princip des Eigenthumsrechts muß es sein, dem Eigenthümer so viel als möglich jede Combination möglich zu machen, aus seinem Eigenthume den höchst möglichen Vortheil zu ziehen; diesem muß es frei stehen, sein Eigenthum selbst zu benutzen, oder Andern die Benutzung zu überlassen; es ist daher sein Interesse, welches prävalirt, denn ohne seinen Willen kann ein getheiltes oder beschränktes Recht gar nicht entstehen. Sein Interesse ist es aber auch ein Nutzungsrecht so constituiren zu können, daß der Nutzungsberechtigte für sein Recht die Garantie erlange, indem mit der Erhaltung einer solchen Garantie dieser sich der Cultur mit mehr Sicherheit ergeben, daher dem Eigenthümer entweder durch Erhöhung des Culturzustandes, oder durch Zahlung einer größern Rente ein größeres

Aequivalent reichen kann. Dieses Bedürfniß für den Eigenthümer zeigte sich zuerst in Bezug auf unangebaute Flächen, es tritt aber bei einem einigermaßen entwickelten Ackerbau und bei etwas belebtem Gewerbe auch bei schon angebauten Flächen ein; diesem Bedürfnisse muß die Gesetzgebung, die in der Creirung ihrer Institute nur ein Abbild des Lebens sein soll, Rechnung tragen.

2) Die Gesetzgebung hat aber noch eine weitere Aufgabe, sie muß wissenschaftlich durchgebildet sein; eine halt- und principienlose Legislation ist das größte Unglück für die Gesellschaft, sie stellt den Richter nicht selten zwischen zwei Maximen, die er beide anwenden soll, und es kann ihm oft — man verzeihe die Vergleichung — wie jenem langöhrigen Thier zwischen zwei gleich fetten, gleich blumenreichen Wiesen ergehen, welches Hungers starb, weil es nicht wußte, wo es sich zuerst hinwenden sollte.

Das römische Recht hat hier das, was das Leben verlangt, mit dem Postulate der Wissenschaft in Einklang zu bringen gewußt, dasselbe kennt einen einfachen Pacht, der dem Eigenthümer die Perle seines Rechts, die Veräußerungsbefugniß, daher die Abwendung der Gefahr der Sache und die Umgestaltung seines Vermögensinhaltes erhält, und kennt auch die Emphyteuse, die dem Nutznehmenden ein festeres Recht giebt, das Eigenthum daher in seiner Wurzel ergreift. Am Eigenthümer ist es, zwischen den beiden Formen zu wählen, und damit ist dem ersten Bedürfnisse entsprochen; so weit entspricht die Gesetzgebung dem Leben. Aber sie läßt auch der Wissenschaft in jeder Beziehung ihr Recht; sie sieht in der zweiten Art der Constitution des Nutzungsrechts eine wahre Alienation,

indem der Eigenthümer während der Dauer des eingeräumten Rechts jede nutzbare Dispositionsbefugniß verliert, und nach diesem Gesichtspunkt sind alle Verhältnisse durchgeführt, sowohl in Bezug auf die Entstehung eines solchen Rechts, als auf die Vertheilung der Rechte zwischen Eigenthümer und Nutzungsberechtigten.

Das französische Recht genügt dem ersten Erfordernisse ebenfalls, der Code civil kennt zwar die Emphyteuse nicht, das Leben machte aber sein Recht geltend, und vorerst war es die Praxis [121]), dann die Abstraction, das Gesetz, welches sie wieder einführte. Es geht sogar weiter, es überläßt es dem Eigenthümer auf verschiedene Weise den Pachtvertrag zu verwilligen mit vorbehaltener und nicht vorbehaltener Veräußerungsbefugniß. Das zweite Erforderniß ist dagegen durchaus nicht gewahrt, die Neuerung im Pachtrecht ist nirgends mit Consequenz durchgeführt, und daher eine Quelle von juristischen Controversen geworden; es läßt sich kaum eine Rechtsmaterie denken, bei welcher der Streitsatz von größerer durchgreifender Bedeutung wäre.

---

[121]) Das Note 104 angeführte Gesetzbülletin enthält die Ermächtigung des Staatsraths, für eine milde Stiftung eine Emphyteuse zu creiren.

Zweite Abhandlung.

Beiträge

zur Lehre vom Kostenersatze im Civilproceß.



Einleitung.

Unser Zweck bei gegenwärtiger Abhandlung ist es vorzüglich, den Gegensatz der Grundsätze des französischen Rechts über die Proceßkosten in Civilsachen mit jenen des gemeinen Rechts, welches sich in dieser Materie einer sehr reichhaltigen Literatur erfreut [1]), so nachzuweisen. Der Gegenstand ist gemeinrechtlich erschöpfend von allen Seiten bearbeitet, daß auf einem so ausgebeuteten Felde für die Nachlese nur wenige inhaltsreichen Körner übrig blieben. Um aber auch an dieser Lehre zu zeigen, wie die Grundsätze des französischen Rechts ihre kritische Beleuchtung erst aus der Kenntniß des gemeinen Rechts erhalten, lassen wir eine skizzirte Darstellung der vorzüglichsten Grundsätze dieses Rechts um so lieber vorangehen,

---

[1]) Der neueste Schriftsteller, der unseres Wissens die Lehre über den Ersatz der Kosten in Civilsachen mit einiger Ausführlichkeit behandelt hat, ist Schmid in seinem Handbuche des gemeinen deutschen Processes, 1. Theil, S. 193—206. Die Hauptschriftsteller, welche den Gegenstand am Ende des vorigen und im Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts behandelt haben, sind dort S. 193 * verzeichnet, und in diesen ist die überaus reiche Literatur aus früheren Zeiten angeführt.

als wir in mehren Punkten mit den Schriftstellern nicht vollkommen harmoniren, die unsern Stoff in der jüngsten Zeit bearbeiteten [2]).

I. Gemeines Recht.

§. 1.

Zum Behufe der Beantwortung der Frage, in welchen Fällen die eine proceßführende Parthei der anderen die Proceßkosten zu ersetzen habe, theilen die Schriftsteller die Kosten ein in Contumacialkosten, Kosten des verzögerten und Kosten des verlorenen Processes [3]).

I. Contumacialkosten. Gensler [4]) definirt mit den meisten Schriftstellern den Begriff dieser Kosten dahin, es seien darunter solche zu verstehen, die dadurch entstanden sind, daferne eine Parthei eine ihr obliegende zu einer bestimmten Zeit zu vollziehende Handlung schuldlich unterläßt, durch die Rüge und Folgen dieses Ungehorsams aber besondere Kosten erwachsen sind; gegen den Schluß seiner

---

[2]) Gensler, Handbuch, I. Thl. VI. Schmid a. a. O.

[3]) Emmrich, über die Proceßkosten S. 9. Weber, über die Proceßkosten, Hannover 1811, S. 9. Gensler l. c. §. d. Andere Schriftsteller befolgen eine andere Gliederung, so theilt Temmen Tract. de lit. exp. cap. VIII. N. 29 die Kosten in exp. temeritatis, contumaciae, retardatae litis, und amissionis causae, während er selbst die amissio causae nur im Falle einer temeritas als Grund der Kostencondemnation anerkennt.

[4]) Gensler, l. c. S. 193.

Abhandlung [5]) behandelt er den Satz, daß in einigen Fällen die Regel, daß der Sieger vom Besiegten Kostenersatz verlangen dürfe, sich wende, vielmehr der Sieger dem Besiegten solche schulde, namentlich wenn jener ungehorsam war [6]). Wir halten diese Darstellung für unrichtig, und verstehen unter Contumcaialkosten solche, die dem Gehorsamen, der erscheinenden Parthei, durch das Nichthandeln, oder bei Gelegenheit dieses Nichthandelns der andern ungehorsamen Parthei entstanden sind, und umfassen daher beide Fälle in einer Regel, die sich dahin ausspricht, daß der gehorsamen von der ungehorsamen Parthei ihre Kosten zu ersetzen sind.

Es könnte etwas gesucht scheinen, einen Schriftsteller, und zudem einen von Auszeichnung, in solcher Art verbessern zu wollen, und es ihm gewissermassen zu verübeln, daß er an verschiedenen Orten seiner Darstellung Grundsätze aufführt, die nach der Ansicht eines Andern zusammengestellt werden sollten. Es liegt indessen die Sache tiefer, und deswillen glaubten wir sie releviren zu müssen. Man streitet sich schon seit einer Reihe von Jahren über die Frage, ob die Verbindlichkeit zum Kostenersatz als Strafe zu behandeln sei, oder nur von einem Schadenersatz die Rede sein könne [7]). Wir halten, wie wir zeigen werden,

---

[5]) Gensler, l. c. S. 407.

[6]) Ganz so Temmen; dieser Schriftsteller handelt von den Contumacialkosten, cap. VIII. sect. II. und von dem zweiten Falle cap. IX. sect. IV.

[7]) Weber, l. c. S. 11. „Vor allen Dingen ist auszumachen, „ob die Erstattung der widerrechtlich verursachten Kosten als eine

diese Auffassung für unrichtig und verwirrend; aber gerade sie ist es auch, welche die getrennte Darstellung der Lehre vom Einfluß der Contumacia auf den Kostenpunkt veranlaßte, und die richtige Einsicht in den Geist dieser Lehre trübte. Von dem Falle, in welchem der einen Parthei durch das Nichthandeln der andern Parthei Kosten verursacht wurden, sagt man, die schuldige Parthei habe der andern dieselben unter dem Titel eines Schadenersatzes zu restituiren; wo aber der Sieger dem Besiegten Kosten ersetzen muß, spricht man von Strafe. In beiden Fällen wird übrigens der, dem die Kosten ersetzt werden, nicht reicher, es handelt sich also in beiden nur von einer rei persecutio, von einem Mittel, das zu erhalten, was uns abging [8]). Sehen wir ob, abgesehen von der Unrichtigkeit des Gegensatzes, wirklich eine innere Verschiedenheit vorliegt? A übergiebt im summarischen Processe einen Klageantrag gegen B. Der Richter beraumt peremptorische Frist zur mündlichen Verhandlung der Sache an, B erscheint im Termin, A. bleibt weg; statt eine blose Entbindung von der Ladung zu verlangen, zieht er vor, einseitig fortzuhandeln, der abwesende A bleibt Sieger, und er hat dem

„Strafe des ungerechten Processirens, oder nur als eine Entschädigung zu betrachten sei." Dieser Gegensatz geht durch das ganze Werk. Selbst Schmid l. c. S. 198 kann sich von diesem Ideengang nicht losmachen, indem er an die Spitze seiner Theorie den Satz hinstellt: „Daß zunächst die Erstattung der Proceßkosten nicht „als Strafe **im eigentlichen Sinne** (?) sondern nur als „Schadensersatz betrachtet werden kann, ergibt sich" u. s w.

[8]) Frag. 35. D. de Obl. et Act.

Besiegten seine Kosten zu ersetzen[9]). Der Umstand, daß derselbe das Recht auf seiner Seite hatte, daß er im Vertrauen auf sein gutes Recht und die Gerechtigkeit des Richters diesem die Sache, für den Fall B Entscheidung verlangen würde, überließ, schützt ihn nicht vor der Strafe des Ungehorsams. Setzen wir auch den andern Fall, A erwirkt im ordentlichen Processe eine Decretur, der Beklagte B solle binnen ordnungsmäßiger Frist excipiren, B. läßt es zur dritten peremptorischen Ladung kommen, er entschließt sich endlich das ganze Klagefactum in Abrede zu stellen, A kann den ihm aufgegebenen Beweis nicht liefern, wird daher sachfällig, und in die Kosten gegen B verurtheilt; nichts destoweniger muß dieser ihm diejenigen ersetzen, die ihm durch die nicht zeitig genug eingereichte Exceptionsschrift entstanden sind. Daß B Recht hatte, daß A, den ihm stillschweigend von B gegebenen Wink, von seinem muthwilligen Streiten abzustehen nicht benutzte, und nur desto kecker wurde, kann ihn vom Kostenersatz nicht befreien. Von einem Schaden, den der Erschienene erlitten, daß im ersten Falle A, im zweiten B wegblieb, kann nicht die Rede sein; in jenem Falle hatte B durch dieses Nichterscheinen einen offenbaren Vortheil, weil er wenn A erschienen wäre, nun auch

---

[9]) Const. 13. §. 2. de jud. Etiam absenti actore, si eum meliorem causam habere perspexerit, pro eo ferre sententiam non meretur, et praesentem reum absenti actori condemnari, expensis tantummodo litis, quas reus legitime se expendisse juraverit condemnatione excipiendis, quia hanc poenam actori et meliorem causam habenti propter solam absentis contumaciam imponemus. Nov. 49. cap. 1.

noch diesem die Kosten hätte ersetzen müssen; in diesem Falle wäre es besser für A gewesen, B hätte in seiner Contumacia beharrt, er hätte den Kostenersatz erspart; ein Nichthandeln von B, welches am Ende dem A zum Vortheil hätte gereichen müssen, kann nicht als Damnos behandelt werden; die vermehrten Kosten des mehrmaligen Anrufens hat sich A selbst zuzuschreiben, indem das erste Mal schon zu viel war, ihm müßte man sagen, damnun quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur. So wenig, wie vom damnum die Rede sein kann, kann auch von einer injuria gesprochen werden, indem an und für sich derjenige, der auf einen gegen ihn bei Gericht gebildeten ungerechten Anspruch nicht antwortet, höchstens wagen kann, Unrecht zu leiden, aber denjenigen der gegen ihn ein solches durchzusetzen sucht, nicht in seinen Rechten kränkt. Es muß also abgesehen von dem Rechte an sich eine Verbindlichkeit für jeden Staatsbürger bestehen, gleichgültig ob er als Kläger oder Beklagter auftritt, jedem an ihn zum Zwecke der Proceßleitung ergehënden richterlichen Befehl Folge zu leisten. Diese allgemeine Staatsbürgerpflicht ist nach neuerm justinianeischen Rechte vorzüglich dadurch sanctionirt, daß der Zuwiderhandelnde die durch und bei Gelegenheit des Zuwiderhandelns der pflichtgetreuen Parthei entstandenen Kosten entrichten muß. In beiden Fällen fließt sohin nicht nur die Verbindlichkeit zum Kostenersatz aus einer und derselben Quelle, sondern die Ersatzverbindlichkeit im zweiten Falle folgt mit strenger Consequenz aus jener im ersten Falle. Wenn B falls er in seiner Contumacia beharrt hätte und dennoch siegreich gewesen wäre, nichts destoweniger dem A die sämmtlichen

Kosten zu ersetzen gehabt hätte, so wäre es inconsequent, wenn nicht dasselbe bei der theilweisen Contumacia eintreten sollte. Es stimmt daher das neue Recht mit dem älteren vollständig überein, daher sagt Ulpian in seinem 1. Buche ad edictum [10]).

> hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur.

Die ea res ist nach neuerm Rechte der Betrag der Kosten die dem Nichtcontumar erwachsen sind; das id quod interest würde wie nachgewiesen sogar eine negative Größe bilden [11]).

Daß also die Contumacialkosten in jeder Unterstellung als Strafe bezahlt werden müssen, kann als sicher angenommen werden. Wenn nun unser Text fortfährt:

---

[10]) Frag. 1. §. 4. D. si quis jus dicenti non obtemperaverit.

[11]) Cf. Frag. 5. §. 1. D. ne quis eum, qui in jus vocatur vi eximat. In eum autem, qui vi exemit, in factum judicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, hoc enim additum est ut appareat etiam si calumnator quis sit, *hanc* poenam eum persequi. Nicht aber, weil es im Allgemeinen eine poena ist, kömmt es auf das Interesse, auf die veritas rei, auf das id, quod interest, nicht an, sondern weil die poena hier so gegriffen ist, daß es auf das quantum interest nicht ankömmt; den Gegensatz liefert das Frag. 3. D. de eo per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat. Ex hoc edicto, eum, qui dolo fecit quo minus, qui in judicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti, in quo judicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem. Es ist diese Klage eine Spezies der actio doli, die, obschon poenalis, immer der Natur der Sache nach, ein Interesse voraussetzt.

et cum *meram* poenam contineat, neque post annum, neque in heredes datur [12]).

so würde man mit Unrecht daraus schließen, daß also selbst nach unserer Praxis die Verbindlichkeit der Erben nur beschränkt wäre, in soweit das Vermögen des Contumar reichte, oder daß mehre Ungehorsame in solidum verbunden wären, Hauptfolgen, welche Weber an die von ihm bekämpfte Lehre von der Subsumtion der Kostenersatzverbindlichkeit unter den Begriff der Strafe knüpft [13]) und womit er dieselbe sogar ad absurdum reduciren will. Uns scheint aber als wenn bei dieser Argumentation Folgendes unberücksichtigt geblieben wäre:

1) Der Grundsatz galt allerdings im römischen Rechte, daß eine actio poenalis nicht gegen die Erben des Rechtsverletzers angestellt werden könne [14]), und es fand derselbe auch auf Proceßstrafen Anwendung, die mit einer eigenen Action verfolgt werden konnten [15]). Mit den Proceßkosten hat es indessen ein ganz eigenthümliches Bewenden. Betrachten wir vorerst die Kosten des verlorenen Processes.

---

12) Wenn hier Ulpian von einer mera poena spricht, so kann als Gegensatz nicht gedacht werden der Fall, wo eine rei persecutio mit der poena verbunden ist, denn auch in diesem Falle würde die Klage im Allgemeinen nur während des Jahres dauern, und nicht auf die Erben übergehen; es muß daher hier angedeutet werden wollen, daß in unserem Falle von einer Bereicherung des Rechtsverletzers keine Rede sein könne, denn in dieser Unterstellung würden, wie bekannt, beide Folgen wegfallen.

13) Weber, a. a. O. S. 21.

14) §. 1. Inst. de perp. et tempor. act.

15) Gajus, IV. §. 172.

Diese entstehen erst im Laufe des Rechtsstreites, sie entstehen allmählig, und sie können vernünftiger Weise erst gefordert werden, wenn die Würfel des Streites zu Gunsten der einen oder andern Parthei gefallen sind; da jede Action ein von dem Actionnirten außergerichtlich anzuerkennendes Recht — actio nata — voraussetzt, so hätte, wäre für die Kosten eine eigene Klage gestattet gewesen, dieselbe nothwendig erst nach entschiedenem ersten Processe erhoben werden können. Nun würde nicht nur diese Einrichtung die Inconvenienz gehabt haben, daß jeder Proceß nothwendig einen zweiten, und da dieser zweite wieder Kosten nach sich gezogen hätte, einen dritten, und so unendliche Processe nach sich gezogen hätte, sondern diese Art die Sache zu behandeln hätte noch weiter die bedeutende Schwierigkeit gehabt, daß wenn nicht der zweite Juder unbedingt nach dem Resultate des ersten Urtheils condemnirt hätte, derselbe möglicher Weise von andern Ansichten in der Hauptsache ausgehend zu einem andern Resultate gekommen wäre, wodurch denn ein Rechtsscandal entstanden wäre, wogegen das römische Recht gar nicht gleichgültig war [16]). Wenn sohin noch viel solidere Gründe als jene, die uns die Kaiser Honorius und Theodosius [17]) vorbringen:

> post absolutum dimissumque judicium *nefas est,* litem alteram consurgere ex litis primae materia

dafür sprechen, für die Proceßkosten keine eigene Action

---

[16]) Frag. 8. §. 1. D. de liberali causa.

[17]) Const. 3. Cod. de fruct. et lit. exp.

zu gestatten, so ergab sich eine Analogie in den Früchten und Zinsen, die die Behandlungsweise der Proceßkosten sehr natürlich an die Hand gab. Auch diese Früchten und Zinsen bestanden zur Zeit des erhobenen Rechtsstreites noch nicht, auch sie entstanden allmählig, sie konnten unmöglich zur Zeit der erhobenen Klage gefordert werden, sie wurden daher als Accessorien des Rechtsstreits behandelt, und der Juder wurde angewiesen, wenn er die Sache zum Abschlusse brachte, auf dieselben die gehörige Rücksicht zu nehmen. Ganz paßte zwar die Analogie nicht, die seit dem entstandenen Rechtsstreite erschienenen Früchte und Zinsen mußten aus demselben Grunde geleistet werden, wie auch die Hauptsache; damit Kostenersatz statt fände, hatte noch ein besondrer Grund hinzuzukommen, entweder eine schuldvolle Contumacia, oder eine Proceßverschleifung, oder ein leichtsinniges Streiten; alles dieses mußte sich aber im Laufe des Rechtsstreites zeigen, und hieng immerhin mehr oder weniger mit der Hauptsache zusammen; man setzte daher trotz des angegebenen Unterschieds die Proceßkosten mit Früchten und Zinsen auf gleiche Linie, und es konnte sohin der Satz der Pönalklagen keine Anwendung finden. Es knüpft sich hieran noch eine andere Betrachtung. Jede Strafe bezweckt, aus welchem Grunde ist uns hier gleichgültig, demjenigen, der eine gesetzliche Verbindlichkeit freventlich verletzt hat, ein Uebel zuzufügen, die Strafe ist sohin ihrer Natur nach persönlich. Bei Freiheits-, Leibes- und Lebensstrafen fehlt es, wenn die physische Person schwindet, sogar an einem Objecte, an dem die Strafe vollzogen werden könnte. Es war aber ganz consequent von den Römern gedacht, den gleichen Grund-

satz im Allgemeinen, auch bei der Geldstrafe anzuwenden. Indessen ließ sich unmöglich übersehen, daß diese Art Strafe noch einen andern Gesichtspunkt darbot, das Uebel auf der einen Seite schuf nach der andern hin ein Gut, daher ein Recht, und wollte man nicht alles vom Zufalle abhängig machen, ob der sich oft weit hinausziehende Vollzug noch beim Leben des Delinquenten seine Vollendung erhielt oder nicht, so mußte irgend ein Zeitabschnitt aufgesucht werden, wo der Gedanke des erworbenen Rechts ein Uebergewicht gewann über jenen des zu verhängenden Strafübels. Bei den ordentlichen Judicien bot das judicium acceptum diesen passenden Moment dar, weil in demselben eine Novation gefunden wurde, bei den außerordentlichen Judicien genügte indessen die bloße Ladung [18]). Gab es für die Kosten keine eigene Action, so konnte es keine Litescontestation und keine Convention geben, dagegen war es, wenn man den Kostenpunkt als Accessorium der Hauptsache behandeln wollte, ganz natürlich, die Ladung hierher zu ziehen, die in der Hauptsache gegeben wurde, es konnte sohin auch aus diesem Grunde der allgemeine Satz der Pönalaction hier keine Anwendung finden.*)

2) Der zweite Stein des Anstoßes betraf die Solidarität im Falle mehrer Litisconsorten. Auch dieser Punkt dürfte nicht gehörig erwogen sein. Der Grund, warum von Mehren, die eine und dieselbe mit Geldstrafe belegte

---

[18]) Frag. 33. de oblig. et act. Von Savigny System 6. Band, S. 19.

*) Den historischen Zusammenhang wollen wir weiter unten §. 2. Nr. 6 anzugeben versuchen.

Handlung zusammen begehen, jeder die ganze Strafe schuldet, liegt nicht in der Einheit des Strafansatzes, das wäre willkührlich, denn dieser könnte auch getheilt gedacht werden, sondern in der Einheit der Handlung. Die Römer stellten sich folgendes Dilemma: begehen Mehre durch gemeinschaftliche Thätigkeit ein und dasselbe Delict, so müssen entweder alle frei ausgehen, weil in der Thätigkeit keines Einzelnen der volle Thatbestand zu finden wäre, oder sie müssen alle die volle Strafe leiden; die Gesellschaftsregel hier anzuwenden hielten die Römer nach ihrem zum Sprichworte gewordenen Satz: rerum inhonestarum nullam esse societatem für unschicklich [19]); da aber eine Straflosigkeit eintreten zu lassen absurd wäre, so war die Solidarität eine nothwendige Folge der Untheilbarkeit der Handlung. Nur die Art der Solidarität hieng von der Art des Strafansatzes ab; war der Werth der Sache ohne Rücksicht auf das Interesse maßgebend, dann befreite die Zahlung des einen Delinquenten den andren nicht; war das concrete Interesse zum Maßstab erhoben, dann verlor, wenn Einer geleistet hatte für den Andern, die Klage ihren Inhalt [20]). So oft Proceßkosten zu bezahlen sind,

---

[19]) Frag. 51. §. 1. 2. D. Ad. Leg. Aquil. Frag. 21. §. 9. D. de furtis. Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri, quamvis id non contrectari, non tollere solus posset, et ita utimur, neque enim potest dicere, *pro parte* furtum fecisse singulos, sed totius rei universos, sic fiet singulos furti teneri. Cf. Const. 1. Cod. de condict. furt. Frag. 53. D. pro soc. Frag. 1. §. 14. D. de tut. et rat. dist.

[20]) Frag. 1. §. 4. D. de eo per quem fact. est. Si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed si unus praestiterit poenam,

entweder in Gefolge der Contumacia, oder der Proceßverschleifung, oder des Proceßverlusts, wo sich der Fall zu

---

coeteri liberantur *cum nihil intersit.* Bekanntlich tritt bei der Lex Aquilia die vollständige Solidarität ein, es bekömmt daher der Verletzte zum zweiten Male den Werth der aquilisch beschädigten Sache bezahlt, wenn er auch schon von einem Mitdeliquenten den Sachwerth erhalten hat, und zwar, ohne daß der angeblich reipersecutorische Theil, der in dem Strafansatz begriffen sein soll, abgezogen werden kann. Frag. 50. §. 2. ad Leg. Aq. Es liegt dadurch offen, wie unrichtig die Auffassung Justinian's in den Institutionen ist, wonach der Theil der Strafe, die dem Werth zur Zeit der Verletzung entspricht, reipersecutorisch wäre? Ein Fall konnte sich ereignen, der zu bedeutenden Complicationen führen mußte, der auch die classischen Juristen sehr beschäftigt zu haben scheint. Wie soll es gehalten sein, wenn gegen eine und dieselbe Person eine Contractsklage und die aquilische Klage concurrirt? Die Contractsklage geht auf das id quod interest; es lag sohin auf der Hand, daß diese Klage ihren Inhalt verlor, sobald das Interesse durch die actio Legis Aquil., vorausgesetzt sie war durchgeführt, und das Judicat war entrichtet, gedeckt war. War aber zuerst mit der Contractsklage geklagt und das Interesse bezahlt, so scheint auf den ersten Anblick gar keine Schwierigkeit vorgelegen zu haben, die act. Leg. Aquil. noch ferner für das Ganze zu gestatten; streng genommen konnte der zweiten Klage so wenig eine exceptio doli entgegengesetzt werden, als ihr eine exceptio doli entgegenstand, wenn der Verletzte schon durch einen Mitdelinquenten entschädigt war; daß es unbillig wäre, das Schicksal des Beklagten davon abhängen zu lassen, welche Klage zuerst angestellt werde, hat keine juristische Bedeutung, weil jeder gut Berathene vorerst mit der Contractsklage und dann mit der aquilischen Klage aufgetreten sein wird; und handelte Jemand unklug genug, sich eine Klage selbst zu versperren, so wäre es seine Sache. Indessen bietet das Verhältniß dennoch noch eine andere Seite dar. Mit der Contractsklage wird das id quod interest verlangt, also beispielsweise, was der Commodant verloren hat, dadurch, daß der Commodator die Sache zerstört, und dieselbe daher nicht, wie es seine Verbindlichkeit war,

iner Kostencondemnation eignet, fehlt es an der Einheit der Handlung, diesen Wortausdruck negativ oder positiv genommen. Wir haben so viele selbstständige Ungehorsame, Proceßverschleifer und frivole Streiter als Litisconsorten da sind, die Handlung des Einen ist unabhängig von der des Andern und das Unrecht liegt in der Unthätigkeit oder der rechtswidrigen Thätigkeit eines jedes Einzelnen; von einer eigentlichen Solidarität könnte sohin nicht die Rede sein, wohl aber könnte man sagen, das Unrecht eines jeden Einzelnen müßte mit dem Ersatz der ganzen Kosten bestraft werden, so daß die Gegenparthei die Kosten ebensovielmal erhalten wurde, als Litisconsorten da wären; das wäre

---

restituirte; der Commodant verlor aber nicht den ganzen Sachwerth, denn ihm blieb ja noch aus der Sache die actio Leg. Aquil. übrig; so stand also wieder die letzte Klage der Durchführung jener aus dem Vertrage, die bon. fid. war, entgegen. Frag. 57. Dig. de R. J. Es mußte sonach wieder auch in diesem Falle künstlich geholfen werden, entweder dadurch, daß der Kläger Bürgschaft leistete, daß er die act. Leg. Aq. nicht mehr anstellen wird; dieses Mittel gibt Labeo in einem Falle an, wo der Schaden mit der actio arbitraria abgeschätzt werden sollte. Frag. 13. D. de rei vindic. verb. et Labeo putat cavere petitorem opportere Lege Aquilia non acturum, oder daß der Judex dafür sorge, daß der Kläger die actio Leg. Aq. nachlasse, davon spricht Ulpian im Frag. 7. §. 1. com. aequissimum est, ut commodato agendo remittat actionem. Die Consequenz forderte das gänzliche Aufgeben der Klage, gerade weil sie einen Gewinn versprach, daher die andere Klage in ihrem innersten Wesen paralisirte. Um auch der Härte dieses Systems auszubeugen, schien man nicht ohne Hesitation dahin gekommen zu sein, die actio Leg. Aquil. zwar noch zuzulassen, aber ihr nur noch für das plus Wirkung zu gestatten. U. a. Frag. 7. §. 1. com. Frag. 34. §. 2. in fine de obl. et act.

aber, eben weil eine innere Nothwendigkeit das Strafmaas in der Art aufzufassen nicht vorliegt, eine petitio principii.

Was die Mittel angeht, wodurch der Contumax angehalten werden kann, die von ihm zu ersetzenden Kosten zu entrichten, so kennt das römische Recht, außer der Condemnation des Richters, in den Fällen, wo der Contumax wieder erscheint und den Proceß entweder wieder aufnehmen will, wenn derselbe in seiner Abwesenheit, ohne daß noch eine Entlassung stattgefunden hat, gegen ihn entschieden würde, oder fortzusetzen gedenkt, wenn nämlich die Sache noch nicht so weit gediehen war, noch ein sehr kräftiges Cogens, welches darin besteht, daß ihm, bevor er seinem Gegner die Kosten ersetzt hat, jedes Gehör versagt wird [21]), der Richter wird sogar selbst mit Schadenersatz bedroht, wenn er diese Vorschrift vernachlässigt [22]). Dagegen weiß das römische Recht davon nichts, daß für diese Kosten ein eigenes Rechtsmittel, etwa eine condictio ex lege oder actio in factum zulässig wäre, und gerade die letzte Verfügung, welche ganz so, wie wenn es sich von den Kosten des verlorenen Processes handelt, den Richter für die Wahrung des Kostenpunkts verantwortlich macht [23]), deutet darauf hin, daß auch hier ein selbstständiges Rechtsmittel nicht gegeben ist. Die Verbindlichkeit, diese Kosten zu ersetzen,

---

[21]) Const. 15. Cod. de jud. Nov. 53. cap. 4. §. 1. Nov. 112. cap. 8. §. 1. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, §. 27.

[22]) Const. 15. Cod. de jud.

[23]) Const. 13. §. 6. de judic.

hat zwar ein von der Hauptsache unabhängiges Fundament; aber auch die Verbindlichkeit, die Kosten des verlorenen Processes zu ersetzen, hat, wie wir sehen werden, nicht minder eine selbstständige Grundlage; da sie aber als ein Accessorium litis behandelt werden, so würde sogar einer selbstständigen Klage nach beendigtem Streit die Einrede der abgeurtheilten in ihrer negativen Funktion entgegenstehen [24]).

II. Kosten des verzögerten Rechtsstreites. Unter diesen Kosten versteht man solche, die entstehen, insofern eine Partei auf eine positiv thätige Weise auftritt und Verhandlungen im Laufe des Rechtsstreites veranlaßt, die dessen Fortgang grundlos aufhalten und verschleifen, wohin vorzüglich nicht haltbar begründete Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen gehören sollen. Eine solche Partei hat ihre eigene Kosten zu tragen und die dem Gegner veranlaßten zu ersetzen. Der Grundsatz ist richtig; er hat aber nichts Eigenthümliches und beruht auf demselben Principe, wie auch die Ersatzverbindlichkeit der Kosten des verlorenen Processes. Wir werden weiter unten sehen, nicht das Rechtstreiten ist verboten und mit der Verbindlichkeit des Schadensersatzes bestraft, sondern das frivole,böswillige Streiten; jede Proceßverschleifung

---

[24]) Diese Controverse findet sich weitläufig behandelt und in einem dem Texte entgegenstehenden Sinne beantwortet bei Temmen a. a. O. Cap. 8. Sect. VI. Derselbe bezieht sich auf Frag. un. §. 4. D. si quis jus. dicenti non obtemperaverit. Dort handelt es sich aber von einem förmlichen Judicium, wovon bei dem Kostenpunkt die Rede nicht ist.

und Verschleppung enthält aber schon eine Frivolität, ein tenerarium litigium. Die beiden Stellen, die man zur Begründung unseres Satzes anführt, stellen auch keinen andern Gesichtspunkt auf. Das Rescript von Valentinian, Theodosius und Arcadius [25]) handelt zwar von einer Criminalanklage, stellt aber die drei getrennten Fälle

> quod si culpa sua fuerit delata cognitio, vel minime actioni suae adfuerit, vel delata non probaverit

zusammen, und knüpft hieran die Folge:

> Pro calumnia quidem luat poenam legibus constitutam, pro pecuniaria vero causa . . . . condemnationem pro aestimatione judicis sustinebit.

Ganz so drückt sich die Decretale von Innocenz III. aus [26]), die sogar dem Richter erlaubt, solche Frivolität, wenn etwa die Kosten nicht beizutreiben sind, auf eine andere Weise zu reprimiren.

Als eine eigene Art von Kosten verdienten aber solche herausgehoben zu werden, die darauf verwendet werden, den Gegner von der Existenz eines Rechts oder dessen Erlöschen zu überzeugen. Da wo das Recht selbst oder auch die Legitimation von Thatsachen abhängt, die die andere Parthei ignoriren kann, da sollte man, wenn es der Parthei, die sich auf solche Thatsachen beruft,

---

[25]) Const. 4. Cod. de fruct. et lit. exp.

[26]) Cap. 3. X. de dolo et contum.

möglich war, ihre Gegnerin außergerichtlich von deren Existenz in bewiesene Kenntniß zu setzen, und sie es nicht gethan hat, von den Kosten eines voreiligen Rechtsstreites sprechen. Aber selbst, wenn die Beweismittel so beschaffen sind, daß sie erst in einem Proceßgange offen gelegt werden können, bilden diese Kosten eine ganze spezielle Art. Es kann hier nicht von einer Kostencompensation die Rede sein, vielmehr erfordert es die natürliche Billigkeit, die naturalis ratio, daß derjenige, der sich auf eine solche Thatsache zur Begründung seiner Intention beruft, sämmtliche Kosten zu tragen hat. Es ist diese Bemerkung vorzüglich für solche Gesetzgebungen wichtig, welche den Grundsatz ganz schroff aufstellen, daß der succumbirende Theil die Kosten zu ersetzen habe, und es ist unbegreiflich, wie man in einem solchen Falle von einer Kostencompensation spricht, wie dieses häufig geschieht [27]). Wenn wir auch für diese Ansicht einen direkten Text nicht anzuführen im Stande sind, so spricht dennoch die Natur der Sache unbedingt dafür. Derjenige, der von uns die Anerkennung eines Rechts verlangt, muß uns jedenfalls nachweisen, daß die Thatumstände vorliegen, die sein Recht begründen, und wenn die Thatumstände solche sind, die wir ignoriren können, so muß der Gegner auf seine Kosten die Mittel herbeischaffen, die unsere Ueberzeugung begründen sollen. Kann dieses nicht anders geschehen, als dadurch, daß auch uns Kosten verursacht werden, so hat

---

27) Weber, l. c. S. 67. Emmrich, l. c. S. 153. Gensler, l. c. S. 323. 324.

ganz natürlich die beweisführende Parthei auch diese Kosten zu zahlen. Es dürfte hierin für jede neue Gesetzgebung ein Wink liegen, einen wenig kostspieligen Weg zu eröffnen, wodurch Jemand in den Stand gesetzt werde, seinen Gegner in den Stand zu setzen, vor Beginn des förmlichen Processes Kenntniß von den zu erhebenden Beweisen zu nehmen. So könnte man, wo ein Beweis durch Urkunden zu führen ist, dem Producenten gestatten, die Originale auf dem Secretariate des Gerichts zu hinterlegen und den Gegner aufzufordern, binnen einer bestimmten Zeit davon Kenntniß zu nehmen; ebenso die Zeugen im Voraus eidlich vernehmen zu lassen, und den Producten dazu zu laden. Dabei müßte es jedem auch unbenommen bleiben, diesen vorbereitenden Weg nicht einzuschlagen, den Rechtsstreit jetzt schon zu beginnen, was für ihn möglicherweise kostspieliger werden könnte, aber den Vortheil hätte, die Verjährung zu unterbrechen.

§. 2.

III. Kosten des verlorenen Processes. Was unter diesen Kosten zu verstehen sei, bedarf keiner besondern Explication, es sind darunter begriffen alle Geldauslagen, die eine Parthei in Gefolge der bestehenden Gerichtsorganisation und der Proceßgesetze zu machen hatte, um den von ihr angeregten oder angenommenen Rechtsstreit zu Ende zu führen, und den Richter in Stand zu setzen, eine auf Gesetz und Recht gegründete Entscheidung zu geben. Was diese Proceßkosten, namentlich die Verbindlichkeit betrifft, dieselben zu tragen und zu ersetzen, so glauben wir hierüber folgende Bemerkungen machen zu können.

1) Wir haben schon oben bemerkt, daß uns die Art, wie gewöhnlich in dieser Materie die Frage gestellt wird: ob die Verbindlichkeit für den unterliegenden Theil die Kosten zu ersetzen, als Strafe oder als Schadensersatz aufzufassen sei? durchaus unjuristisch scheint. Der Schaden, den Jemand an seinem Vermögen leidet, ist in der Regel für seinen Nebenmenschen eine gleichgültige Sache, unser Rechtssystem stellt vorerst die verschiedenen Staatsbürger, wo nicht besondere Gründe obwalten, nur in ein negatives Verhältniß, zum Ersatz dieses Schadens können wir nur verbunden sein entweder durch Vertrag, oder weil wir denselben durch schuldvolle Verletzung einer gesetzlich ausgesprochenen Rechtsverbindlichkeit selbst herbeigeführt haben. Die Verbindlichkeit, diesen Schaden zu ersetzen, nennen wir mit dem römischen Rechte und mit der Natur der Strafe, weil wir in demselben ein Uebel erkennen, das das Gesetz gegen uns wegen unserer Rechtswidrigkeit verhängt. Freilich ist eine solche Strafe die gelindeste die uns treffen kann, sie ist gleichzeitig die gerechteste, weil sie mit mathematischer Genauigkeit, das durch unsere Handlung aufgehobene Gleichgewicht zwischen Rechtsidee und Leben wieder herstellt, sie ist die zweckmäßigste, weil sie dazu verwendet wird, gerade denjenigen in seinen Vermögensverhältnissen wieder zu restituiren, der durch die Gesetzwidrigkeit gelitten hat. Trotz ihrer Gelindheit, ihrer Gerechtigkeit und ihrer Zweckmäßigkeit verliert sie den Character der Strafe nicht, als ein durch eine Rechtsübertretung vom Uebertreter zu leidendes Uebel. Die natürlichste Beziehung des Begriffs der Strafe findet sich in dem Verhältnisse zum Bestraften, und diesem ist, abgesehen

von der Größe der Strafe, das Uebel gleich empfindlich, ob der Verletzte in seinen Vermögensverhältnissen blos wieder hergestellt wird, oder ob er einen positiven Gewinn macht. Weil diese Art der Ausgleichung unserm Rechtsgefühl so ganz entspricht, umgekehrt alles, was diese Ausgleichung überschreitet, oder ganz unberührt läßt, dasselbe nicht selten verletzt, und oft als Rache erscheinen läßt, nehmen wir Anstand, in jener das Criterion einer Strafe zu erkennen. Es ist diese Verkennung des Grundgedankens der Strafe in der Verbindlichkeit zum reinen Schadenersatz nicht ohne praktische Folge geblieben; wie hätte man denn anders die Frage aufwerfen können, ob trotz der Abwesenheit eines jeden Willens, daher nothwendig eines jeden Willensfehlers ein durch einen Wahnsinnigen, oder ein Kind, welches nicht consilii capax ist, angerichteter Schaden, nicht mindestens aus dessen Vermögen zu ersetzen sei? Daß die römischen Juristen die Sache auf diese Weise aufgefaßt haben, ist durchaus nicht zu bezweifeln; es ist schon oben nachgewiesen worden, daß bei der act. Leg. Aquiliæ, also auch bei der gröblichsten Verletzung fremder Rechte, die g a n z e Ersatzverbindlichkeit, sowohl in soweit sie den verursachten Verlust ausgleicht, als insoweit sie denselben überschreitet, als Strafe nicht nur theoretisch betrachtet, sondern auch praktisch behandelt wurde, indem sie für keinen Theil auf die Erben übergieng, insofern nicht zufällig der Erblasser durch den ungerechten Schaden reicher geworden ist, in welcher Unterstellung allerdings von keinem Strafübel mehr die Rede sein kann, und bei mehren Delinquenten die Zahlung des Einen, den Andern auch nicht für den angeblich reipersecutorischen Theil

befreit; nur die eigenthümliche Complication die das Zusammentreffen der Strafklage mit einer Interessenklage aus einem Contr. bon. fid., oder mit einer schon, weil sie vom Juder geleitet wurde, nach der Grundsätzen der bon fid. zu behandelnden act. arbit. für den Theil der Strafe, die dem Sachwerth entspricht, wurde nothwendig eine eigenthümliche Beurtheilung herbeigeführt. Ebenso ermangelt mit Rücksicht auf die Natur der Strafe die scharfsinnige Eintheilung der Strafklagen in einseitige und zweiseitige [28]) einer innern Begründung; die eigentlichen correlativen Begriffe werden hier immer der der Strafe und des Bestraften bleiben. Nur wenn die Strafklage von der einen Seite eine Interessenklage von der andern Seite ist, und insoweit sie es ist, m. a. W. wenn das Strafmaaß eben im Interesse liegt, müssen sich im Falle der Klageconcurrenz, sowohl wenn dieselbe durch eine Mehrheit von Rechtsmitteln gegen eine und dieselbe Person, als gegen mehre Personen Modificationen in der Behandlungsweise herausstellen, weil eine zweite Klage bald ganz bald mindestens theilweise des Inhalts entbehrte. Um deswillen consumirt eine Klage die andere auch nicht schon durch die blose Anstellung, nicht einmal durch die Durchführung, vielmehr nur die Befriedigung hebt sich das Interesse auf und macht die zweite Klage leer (inanis, sine re, exceptioni exclusa) [29]). Es ergiebt sich aus dem Entwickelten, daß die

---

[28]) v. Savigny System, V. Band, §. 211. 212.

) Frag. 14. §. 15. D. quod metus causa vergl. mit §. 1 und §. 14. und Frag. 15. illud. *Julianus* ait, quod interest, quadruplari solum . . . secundum haec si plures metum adhibuerint et unus

ganze Fragestellung: ob Strafe oder Schadenersatz? zwei Begriffe als gegensätzlich auffaßt, die es gar nicht sind.

2) Richtig aufgefaßt scheint die Frage nur so gestellt werden zu dürfen: kann die Verbindlichkeit für den Besiegten die Proceßkosten zu ersetzen, aus der lex Aquilia

---

fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt, sed et si id non fecerit, sed ex sententia *quadruplum* restituerit, *verius est* etiam *sic* perimi adversus coeteros, metus causa actionem — aut in id dabitur, adversus coeteros actio, quod mimus ab alio exactum est. Der Sinn dieser Stellen scheint uns mit vorzüglicher Berücksichtigung der gesperrt gedruckten Wörter folgender zu sein: Die actio quod metus causa geht auf das quadruplum, und zwar so: das simplum ist das id quod interest, und dieses wird noch weiter dreimal genommen. Die Klage hat das Eigenthümliche, daß das außer dem simplum zu bezahlende triplum nur dann zu entrichten ist, wenn auf den Zwischenbescheid der Restitution nicht restituirt wird; dieselbe ist aber nicht weniger für das Ganze Strafklage, denn sie geht gegen die Erben nur insoweit über, als diese reicher geworden sind. — Frag. 16. §. 2. Frag. 17. eod. Dieses vorausgeschickt, ergibt sich von selbst, daß, wenn Mehre bei dem Delikt concurrirt haben, und der eine hat das simplum ohne Urtheil restituirt, dann für die Klage gegen die übrigen der Stoff fehlt. Setzen wir aber folgenden Fall: A hat in Concurrenz mit B dem C durch Furcht und Zwang 100 entrissen, C führt die Klage mit A durch, erhält eine Sentenz auf 400, worauf A 300 entrichtet. Hier ließ sich streiten, ob nunmehr noch eine Klage gegen B erübrige. Auf der einen Seite konnte man sagen, es fehle für die zweite Klage das id quod interest, auf der anderen Seite aber für das id quod interest sind A und B verbunden, für das dieses Interesse überschreitende, nunmehr von C ebenfalls erweisbare triplum nur A, es bleibt sohin für jenes gegen B die Klage noch übrig. Für das Letztere entscheiden sich Ulpian und Paulus, indem nur, wenn das ganze Quadruplum restituirt ist, die zweite Klage perimirt sein soll, anders die Klage noch für das Minus bestehen bleibt.

deducirt oder auch nur nach deren Grundsätzen behandelt werden? Es lag schon im ganzen Entwicklungsgang des römischen Rechts, daß nirgends ein allgemeiner Grundsatz dahin ausgesprochen wurde, daß jeder verbunden sei, den Schaden, den er seinem Mitmenschen oder Mitbürger durch seine Schuld verursacht hat, zu ersetzen, wie dieses z. B. der französische Code in seinem Artikel 1382 und 1383 thut [30]); solche Generalitäten sind gewöhnlich hohl und inhaltsleer und es bedarf daher wieder einer Reihe von Commentarien und Urtheilssprüchen, um einen anwendbaren Sinn zu erhalten. Die Verbindlichkeit zum Schadenersatz setzt Schuld — faute, culpa — voraus, faute wieder die Verletzung einer Rechtsverbindlichkeit, und nunmehr stehen wir daran zu fragen, welche Rechtsverbindlichkeiten haben wir gegen unsere Mitmenschen, so daß uns deren Außerachtlassung oder Vernachlässigung in Schuld setzt? Darauf giebt uns jene Banalität keine Antwort [31]). Das römische Recht kam eben durch seine

---

[30]) Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par *la faute* duquel il est arrivé, a le reparer. — Chacun est responsable du dommage quil a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa *negligence* ou par son *imprudence.*

[31]) Beispielsweise zum Texte fragen wir, ob aus den angeführten Artikeln deducirt werden kann, daß es eine Rechtsverbindlichkeit für jeden ist, der um Anerkennung eines in jure oder in facto zweifelhaften Rechts angegangen wird, sich ohne weiteres zu fügen, oder ob es ihm erlaubt ist, die Entscheidung der vom Staate eingesetzten Gerichte zu seiner eigenen Belehrung abzuwarten? Die angeführten Artikel werden uns hierauf keine Antwort geben, und dennoch kennen wir einen Magistraten der Provinz Rheinhessen, einen scharfsinnigen

historische Entwickelung zu einer rationelleren Auffassung, indem dasselbe, ohne einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen, einzelne Rechtsverletzungen begrifflich auffaßte, und speciell normirte. Die Lex Aquilia hat einen eigenen geschlossenen Thatbestand, sie dient zum Schutze des Eigenthums gegen fremde Beschädigung, gleichgültig, ob durch ein Thun oder Unterlassen veranlaßt. Sie verlangt, so heilig ist ihr das Eigenthumsrecht, daß wir fremdes Eigenthum nicht nur nicht boshaft verletzen, sondern daß wir bei allen unsern Handlungen, selbst die dem Anscheine nach dem fremden Eigenthum noch so fern stehen, alle unsere Verstandskräfte aufbieten, sie so einzurichten, daß durch sie jenes keinen Schaden leide. Die leichteste culpa wird ebenfalls als ein Willensfehler, und nicht als Verstandsfehler bestraft. Die Interpretatation hat, wie bekannt, an der etwas kurzsichtig abgefaßten Lex nach vielen Seiten hin gestreckt und gereckt, sie hat die Fragmente des Eigenthums dem Eigenthume gleichgestellt, sie hat die körperliche durch den Körper bewirkte Sachzerstörung

---

Juristen und guten Praktiker, der, so oft er eine Kostencondemnation zu motiviren hatte, neben dem Artikel 130 aus dem Civilproceßcoder auch noch den unschuldigen Artikel 1382 citirte. Eine Quelle von Processen entstehen in Fällen, wo A auf seinem Eigenthume Arbeiten vornimmt, wodurch, ohne daß ein materieller Eingriff in das Eigenthum des Nachbars stattfindet, dieser sich benachtheiligt findet, Schaden leidet, oder ihm mindestens Schaden droht: welche Entscheidungsnorm gibt unser Artikel? So liegt die Unterscheidung zwischen einem mittelbaren oder unmittelbaren materiellen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, und der durch intellectuelle Einwirkung auf den Beschädigten — actio Leg. Aq., act. de dolo — auf flacher Hand: wo findet sich eine Andeutung in unserm Artikel?

erweitert, aber immer bleibt Schutz der dinglichen Rechte Grundcharacter, der in diesen Rechten Beeinträchtigte hat das Klagrecht; selbst wenn er kein Interesse mehr an der Sache hat, z. B. wenn er sie verkauft hatte, obschon das Periculum auf den Käufer übergeht, hat nicht desto weniger der Verkäufer die Klage, und derselbe ist nur verbunden, sie dem Käufer zu cediren [32], ein nachträglicher Beweis, wie wenig die Iden der Reipersecution hier vorherrschend war. Die weiteste Anwendung der Lex Aquilia findet sich in Fällen, wo ein freier Mensch an seinem Körper Schaden leidet, auf den Ersatz der Kurkosten [33], aber auch hier findet sich analog der Grundcharacter der Lex wieder; wo aber, wie bei den Proceßkosten, Jemand dadurch einen Schaden leidet, daß er in Gefolge der Gerichtsorganisation und der Proceßgesetzgebung zur Nachweise oder zur Bekämpfung eines Rechts Auslagen zu machen hat, da findet sich auch wohl die entfernteste Anwendung der Lex Aquilia nicht.

Es könnte sich nur fragen, ob man analog dasjenige was von einer Sachbeschädigung gilt, auf einen durch die Proceßführung hervorgebrachten Schaden anwenden darf? Ob es daher richtig ist, wenn Weber aus dem Grundsatze: in lege Aquilia et culpa levissima venit auch bei Proceßschaden die culpa levissima prästirt haben will? Es scheint uns auf flacher Hand zu liegen, und ohne daß

---

[32]) Frag. 13. §. 12. de act. empti venditi. §. ult. Just. de empt. v. Vangerow, Leitfaden III. 566.

[33]) Frag. 13. pr. ad. Leg. Aq.

uns ein gesetzlicher Text zur Seite stünde, als ausgemacht, daß die weiteste Interpretation zu einem solchen Resultat nicht kommen kann. Wir wollen gar nicht urgiren, daß der größte Theil der verursacht werdenden Proceßkosten gar nicht die nothwendige Folgen unserer Proceßführung sind, daß nicht selten der Staat die Processe zu einer ergiebigen Quelle für seinen Fiscus erhebt, daß durch einen oft willkührlichen Formalismus die Hinzuziehung von Anwälten, daher deren Honorirung bedingt wird, wofür wir unmöglich einstehen können, wir wollen nicht urgiren, daß selbst bei einer gewagten Proceßführung auf jeden Fall die eine Parthei gerade so viel einsetzt, wie die andre; es ist doch einleuchtend, daß in dem einen Falle der Lex Aquilia, wo wir uns ohne alles Recht, wenn auch in der unschuldigsten Absicht, einer fremden Sache nähern und diese beschädigen, uns auch die geringste Schuld anzurechnen ist, weil wir eigentlich mit der fremden Sache gar nichts zu thun haben; und im Falle, wo wir auch in einer erlaubten Handlung versiren, aber durch die Unachtsamkeit, womit wir dabei zu Werke gehen, fremdes Recht verletzt wird, immer vorausgesetzt wird, daß wir mit gehöriger Aufmerksamkeit unser Recht hätten ausüben können, ohne unserm Nebenmenschen Schaden zu verursachen, denn wo eine Rechtscollision eintritt, leidet die Sache eine eigene Beurtheilung. Haben wir ein vermeintliches Recht, oder steht uns eine vermeintliche Einrede zu, die unser Gegner nicht anerkennen will, so bleibt uns für unsern Zweck, eine bindende Entscheidung zu erhalten, nichts übrig als den Weg Rechtens zu betreten, und wenn dieses nach den

Staatseinrichtungen nur mit Kostenaufwand von beiden Seiten geschehen kann, so kann doch unmöglich der Fall den so eben characterisirten, der Lex Aquilia gleichgestellt, oder den Verfügungen jener Lex subsumirt werden.

Wenn auf diese Weise die Lex Aquilia auch nicht entfernt bei Beurtheilung der Ersatzverbindlichkeit der Proceßkosten zur Anwendung kommen kann, so giebt es eine andere Familie von Schadensklagen, die uns den richtigen Gesichtspunkt angeben, den wir hier zu befolgen haben. So wie die Lex Aquilia ursprünglich eine materielle Widerrechtlichkeit bestrafte, ein damnum corpore corpori datum, und nach aller Subtilisirung und Destillirung dieses Begriffs, die Materialität der widerrechtlichen Handlung immer noch den Grundton bildete, so liegt das Charakteristische der actio doli mit allen ihren Verzweigungen und ihren Veräderungen durch das ganze Rechtssystem in ihrer intellectuellen Widerrechtlichkeit. Eine, an und für sich in das Rechtssystem entweder gar nicht eingreifende, oder sich demselben sogar anschließende Handlungsweise, wird widerrechtlich wegen der verschmitzten, bösartigen, jeden guten und moralisch durchgebildeten Menschen innerlich verletzenden Geistesrichtung. Die Lex Aquilia bildet den Strafcoder der durch das Gesetz ungezügelten rohen Naturkraft, der Barbarei, die actio doli giebt das Sündenregister der fein geglätteten Ueberfeinerung der Civilisation. Wie bei der Lex Aquilia der widerrechtliche Erfolg der Handlung das Hauptmerkmal der Criminalität bildet, daher das Verbrecherische in dem rechtverletzenden Subject bis an die äußerste Grenze ge-

rückt ist, wo jede Imputabilität gänzlich aufhört, so ist umgekehrt bei der actio doli die Widerrechtlichkeit des Willens als das Ueberwiegende in der Criminalität anzusehen, und der rechtswidrige Erfolg nicht nur darum erfodert, um die Handlung aus dem Gebiete der Moral in jene des Rechts zu verpflanzen, sondern um der Strafsanction, dem id quod interest eine Anwendung zu vermitteln. In den Grundsätzen der actio doli haben wir vernünftiger Weise die Analogie für unsere Materie zu suchen. Die von Tag zu Tag zunehmenden Verschlingungen und Verwickelungen menschlicher Verhältnisse, die nothwendig sich dadurch immer mehr verwirrenden Fäden der Thatsachen, die große Distanz, die sich dadurch erzeugt, zwischen den einfachen Urbegriffen des Rechts, das wir alle im Herzen tragen, und den daraus hergeleiteten Rechtssätzen, die Anhäufung der Gesetze, ihre schon durch diese Vervielfältigung sich erzeugende relative Dunkelheit, machen es wahrhaft unmöglich, das Rechtsstreiten im Allgemeinen zu einem bürgerlich strafbaren Delikt zu stempeln. Die Rechtstheorie, die in selbstgefälligem Dünkel, stolz das Leben übersieht, und einem starren ungelenken Doctrinarismus huldigt, verdient nicht die beräucherten Wände der Studirstube zu überschreiten, in welcher sie ausgesonnen wurde; und eine Gesetzgebung, welche den knappen, armseligen Bettlermantel, den sie ums Leben geworfen hat, dadurch zur Ehre zu bringen suchte, daß sie sich selbst überhebt, und jeden Zweifel verdammlich erklärt, lügt ihrem eigenen Gewissen. Die richterlichen Functionen bilden den Schlußstein unseres Rechtssystems; sie bestehen nicht blos in der Rechtshülfe,

sondern auch in der Rechtsfindung [35]). Wenn auch der Richter keine Rechte zu schaffen, sondern die schon bestehenden nur offen zu legen hat, so wird wohl Niemand bestreiten, daß dieser Satz nur eine Fiction ausspricht, damit die Folgen begriffen werden, die nothwendig mit dem Richterspruch für Vergangenheit und Zukunft verknüpft werden müssen. In der Wahrheit erhält das Gesetz seine letzte Feile erst im richterlichen Erkenntniß; bis dahin ist es nicht nur ein todter Buchstabe, sondern nicht selten auch ein verschlossener Brief, den der Richter erbricht und entziffert [36]). Damit der Richter diese Zeichendeutung vornehmen könne, sind Schwierigkeiten zu überwinden; es sind Kosten zu bestreiten, die wieder bald in willkürlichen Staatseinrichtungen, bald in den oben geschilderten Sach- und Gesetzverwickelungen ihren Grund haben; beide Partheien haben diesen dornenvollen Weg zu wandern; nur um diesen Preis giebt der Staat sein letztes Wort zur Regulirung des Rechtszustandes in dem concreten Fall,

---

[35]) Wie das französische Recht, welches die ununterbrochene Functionirung der Urtheilsmaschinen seiner Richter unter einer Pönalsanction zu stellen für nothwendig fand, damit sie sich nicht hinter die Lückenhaftigkeit des Gesetzes flüchten —

> Art. 4. c. c. Le juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de deni de justice —

dennoch eine unbedingte Kostencondemnation für den unterliegenden Theil aussprechen kann, ist ein Räthsel. —

[36]) F. Kierulf, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1. Band, S. 42.

und er giebt es wieder durch das formelle Organ eines Mannes oder mehrerer, deren Logik, schlüssig oder unschlüssig, ihre Geltung nicht immer im Gesetze des Widerspruchs, vielmehr oft nur in jenem der Nothwendigkeit zu begründen vermag; wo soll bei so bewandten Umständen der allgemeine Grund zum Kostenersatz liegen? Nur wo eine Parthei im Bewußtsein ihres Unrechts entweder zur reinen Kränkung und Hinhaltung, oder um auf die Unwissenheit, Verdorbenheit und Schlechtigkeit der Richter zu speculiren, den Rechtsweg betritt, findet sich ein dolus, also in der Benutzung eines gesetzlichen Mittels zur Deckung und Erreichung eines widerrechtlichen Zweckes liegt der vernünftige Grund der Kostencondemnation; daß die culpa lata auch hier dem dolus gleichsteht, kann angenommen werden; weiter zu gehen läßt sich aus allgemeinen Rechtsgründen nicht rechtfertigen.

4) Diese in der Natur der Sache liegenden Grundsätze sind auch im römischen Rechte vollständig anerkannt. In Bezug auf die Folgen der mora und des damit verbundenen Periculum erkennt das römische Recht ausdrücklich das Recht an, eine zweifelhafte Sache richterlicher Entscheidung zu unterwerfen, weil Niemanden zugemuthet werden dürfe, sein Recht unvertheidigt zu lassen [37]). Wenn

---

[37]) Frag. 40. D. de herid. petit. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi *temere* indefensum jus suum relinquere; hier wird sohin von einer temeritas gesprochen, einen Proceß nicht zu führen. Frag. 24. Frag. 47. de usur. Frag. 63. de R. J. Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

das Unterliegen im Processe nicht immer die Verbindlichkeit mit sich führt, den Sieger beim Untergang der Sache während des Rechtsstreites, selbst wo er nachweisen könnte, daß ihm eine Gelegenheit zur Disposition geboten war, zu entschädigen, so fragt es sich, warum es mit dem Kostenersatz anders gehalten sein sollte? Unserm Dafürhalten nach konnte nur die Unklarheit der Begriffe von Strafe und Schadensersatz und das Uebersehen, daß die Proceßkosten gar nicht die direkte Folge der Proceßführung, die Gegner über die Stärke dieses Arguments täuschen. Entscheidend scheint uns aber allerdings der Institutonentext [38]). Die Stelle lautet:

> Haec enim omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quae in partem decimam litis actores multabat, quod nunquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est et praefatum jusjurandum et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

Daß die calumniae actio offenbaren dolus voraussetzte, ist durch eine zahllose Menge Stellen früher bekannter Quellen klar, wozu jetzt noch kömmt die Stelle aus den Institutionen von Gaius [39]):

> Severior autem exercitio est per contrarium

---

[38]) Princ. §. 1. Inst. de poena temere litigantium.

[39]) *Gaius* IV. §. 178.

judicium; nam calumniae judicio X. partis nemo damnetur nisi qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen, contrario vero judicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere.

Justinian knüpft seine neue Lehre an das judicium calumniae und nicht an das contrarium judicium. Derselbe zählt zwei Nachtheile auf, deren sich der improbus litigator aussetzt, dem Verluste seines jenseitigen Heils, weil er das juramentum calumniae zu leisten hat, und einem Geldverluste in der Entschädigungsverbindlichkeit und dem Kostenersatze; das juramentum calumniae hat aber den Zweck, nur dolus und culpa lata auszuschließen [40]), es wäre daher eigenthümlich, wenn dem zweiten Nachtheil ein bei weitem größeres Feld einzuräumen wäre, als dem erstern.

Ganz in diesem Sinne spricht sich Theophilus aus Im Eingange des Titels entwickelt er den Gegenstand desselben und gibt deutlich an, was unter dem Ausdrucke in den Institutionen: ne facile homines ad litigandum procederent, zu verstehen sei, indem er sagt:

Qui jura olim nobis constituerunt judiciorumque ordinem invenerunt, *celeres* et *te-*

---

[40]) Const. princ. cod. de jurejurando propter calumniam.

nerarios ad judicia decursus inhibere voluerunt, quod et imperatori noster cordi est.

Die Ausdrücke celeres et tenerarios sind eben so vag, wie der Ausdruck facile. Theophilus fährt aber fort:

Saepe enim quis, nullam adversus me habens actionem litem moveret, haec cogitans siquidem judici obrepere potuero: bonum est, quod si non potuero, nihil inde laesus ero; et alius rursum, qui debet ad infitiandum se vertit, cogitans aut obrepo judici et absolutionem merebo; aut si non potero obrepere, nihil laedor exsolvens, quod debeo. Veteres igitur hasce tam actorum *calumnias*, quam reorum tergiversationes amputare cupientes excogitaverunt poenas etc.

Derselbe entwickelt nunmehr das alte Recht, erwähnt auch seinerseits die actio contraria nicht, die nie allgemein war, und schließt:

Hoc autem jusjurandum imperator noster introduxit in locum institutae olim calumniae actionis, quae per desuetudinem sublata est. Nam si ego adversus quem qualemcumque actionem movissem postea *victus* et *calumniator* inventus fuissem, reus conversus poterat adversus me intendere actionem de calumnia . . . Quoniam igitur haec calumniae actionem in usu non erat, in ejus locum praedicti jurisjurandi praestatio inventa est et ut litigator impudens

(ἀναισχυντον) adversario cogatur impensas refundere, in quas eum conjecit temere cum eo litigans.

Bei so deutlichen Quellenzeugnissen, die in den Pandektenexcerpten sich nicht nur nicht widersprochen, sondern der Hauptsache nach noch unterstützt finden [41]), muß man sich wundern, wie eine andere Ansicht, gestützt auf einige theils unerwogene, theils nicht richtig ausgelegte allgemeine Aeußerungen, sich nur hat hervor wagen können, wenn es nicht in unserer Wissenschaft eine Zeit lang zum guten Ton gehört hätte, statt die Rechtssätze aus den Quellen zu finden, und das rationale Forschen dahin zu richten, den höheren Gesichtspunkt zu entdecken, der diesen Rechtssätzen zu Grunde liegt, umgekehrt sich a priori einen Rechtssatz zu construiren, diesen so gut es gehen mochte, in die Quellen zu tragen, und dann mit Unbarmherzigkeit alles das nieder zu raisonniren, was sich diesem selbst geschaffenen Ideal nicht schmiegsam anfügen wollte. Wir erlebten auf dem Gebiete des Rechts denselben, freilich hier unblutigen Terrorismus hohler Abstractionen, welche rücksichtlos nach Herrschaft und Geltung rangen, den die politische Geschichte schon so oft zu Tage gefördert hat,

---

[41]) Frag. 78. §. 1. D. de leg. II. Frag. 1. §. 1. de vac. Frag. 99. Frag. 177. de R. J.; Frag. 78. pr. D. de jud. beweißt dagegen für keine Ansicht, denn wenn der Ausdruck temere auch nicht immer auf calumnia hinweißt, und man von einer temeritas litigii auch sprechen kann, wo eine böse Absicht nicht vorwaltet: arg. Frag. 1. §. 5. ad Sen. Turp., so ist dennoch ein litigium nicht weniger temere, wenn man sogar wissentlich auf einen Irthum oder Schlechtigkeit des Rechtens zählt. — Arg. Frag. 1. princ. D. eod.

und noch grauenvoll in ihrem Schooße birgt. Aber auch die historische Schule scheint hier das Gewicht der Institutionen nach unserm Dafürhalten nicht hoch genug angeschlagen zu haben; uns will es vorkommen, daß wenn Institutionen und andre Rechtsquellen zu interpretiren sind, wo es nur immer möglich ist, der Grundsatz aus jenen genommen, und diese im Sinne des aus den Institutionen entnommenen Princips zu erläutern sind. In den Institutionen tritt Justinian selbstständig auf, er ist der vollkommenste Herr seiner Wortfassung, seine Meister gaben ihm nur das Vorbild einer concisen wissenschaftlichen Sprache, schnitten ihm aber den Text nicht vor. In unserer Materie ist es augenscheinlich, wie er den Ideengang des Gaius verfolgt; er fand zwei Sätze neben einander stehen, wie Regel und Ausnahme, als Regel die Strafe des Zehntels des Proceßwerths im Falle der Calumnia von Seiten des Klägers, und als Ausnahme ein judicium contrarium und eine restipulatio, die den Kläger bei jedem auch unverschuldeten Verlust trifft; wenn er nunmehr das, was er sein neues Recht nennt, an die actio calumniae knüpfte, so handelte er in voller Sachkenntniß, es müssen daher seine Ausdrücke als wohl erwogen dem zu abstrahirenden Rechtssystem zu Grunde gelegt werden.

Nach so klaren Texten könnte es überflüssig scheinen, nach Analogieen und indirekten Argumentationen zu scrutiren; wir bringen daher die Analogie der Grundsätze über die Strafen der plus petitio nicht in Anschlag [42];

[42]) L. 1. Cod. de plus petit.

ein Argument, welches zwar bis jetzt nicht unbenützt blieb, möchten wir um deswillen heraus heben, weil es Gesetzgebungen die von andern Ansichten ausgehen, in Verlegenheit bringen muß. Im Titel des Codex de administratione tut. ist uns ein Rescript von Alexander Sever aufbewahrt folgenden Inhalts [43])

> non est ignotum tutores vel curatores adolescentum, si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas intentunt actiones, eo nomine condemnari opportere, ne sub praetextu nominis eorum propter suas simultates secure *lites suas* exercere posse existiment.

In was die Tutoren, die bösartige Klagen erhoben, zu verurtheilen sind, sagt das Rescript nicht; es ist aber leicht einzusehen, daß Alexander Sever das judicium calumniae im Sinne hatte, denn von eigentlichen Proceßkosten im spätern Sinne war damals noch nicht die Rede. Die heutige Anwendung des Rescripts kann eben so wenig zweifelhaft sein, die Condemnation, die hier angedeutet wird, kann nur die Proceßkosten zum Gegenstande haben. Es liegt daher auch hier wieder der Beweis vor, daß die heutige Strafe der Kostencondemnation mit jener des Zehntels des Proceßbetrags gleichen Schritt halten soll. Wenn die Kostencondemnation nach Analogie der Lex Aquiliae gegriffen werden müßte, so würde daraus folgen, daß in der Regel bei jedem verlorenen Rechtsstreit, trotz jeder ratio litigandi der Vormund persönlich in die Kosten zu ver-

---

[43]) Const. 6. Cod. h. t.

urtheilen wäre, weil derselbe ohne allen Zweifel seinen Pupillen culpa Legis Aquiliae prästiren muß; daß aber dieses Resultat mit dem angeführten Texte nicht nur nicht übereinstimmt, sondern auch ohne den fürchterlichsten Nachtheil für den Pupillen nicht durchzuführen ist, ist klar; es muß dem Vormund das Recht gestattet sein, zweifelhafte Rechtsverhältnisse ohne Gefahr zur Entscheidung zu bringen, und will man den Vormund seinem Pupillen gegenüber nicht geringer verbunden erklären, wie überhaupt einen Bürger gegen den andern, so muß man dasselbe Recht auch allgemein gestatten. Dieses Argument dürfte auch gegen die Ansicht zu richten sein, welche heute mindestens bei jedem verlorenen Rechtsstreit den verschuldeten Verlust vermuthet; auch sie muß dahin kommen, regelmäßig eine persönliche Condemnation des Vormunds zu fodern, was sich schwerlich mit den Bedürfnissen des Lebens vereinigen ließe.

Auch diejenigen Rechtslehrer, welche die bis jetzt auseinander gesetzte Ansicht adoptiren, sprechen sich dahin aus, daß nach dem Rechte der Compilation in der Regel der Besiegte die Kosten zu tragen habe. Zimmern [44]) glaubt, daß der frühere Gesichtspunkt schon durch Valentinian und Valens modificirt wurde, während Heffter [45]) mit Recht aus dieser Stelle gerade die Richtigkeit des angegebenen Systems nachweist [46]), und seiner Seits glaubt, die Sache habe durch Con-

---

44) Zimmern, Geschichte des römischen Rechts, III. Bd., S. 546.

45) Heffter, System des römischen und deutschen Civilprocesses, II. Ausgabe, S. 278.

46) Const. 1. Cod. Theod. de fruct et lit. expensis.

stitutionen von Zeno und Justinian geändert. Die Institutionen haben indessen dem klaren Wortlaut nach die Absicht, das praktische kaiserliche Recht vorzutragen. Aeußerungen in den Pandecten führen zu demselben Resultat[47]; um also die angebliche neue Regel mit den gegentheiligen Quellenäußerungen zu vereinigen, kömmt man auf den Gedanken, die Sache der Art auszudrücken, die Vermuthung spreche im Falle der Succumbenz dafür, daß der Besiegte wider besseres Wissen gestritten habe. Wir können dieser Ansicht nicht beitreten. Sehen wir vorläufig von angeblichen Gesetztexten ab, so finden wir es eigenthümlich, daß man aus einem schlechten Erfolg auch auf eine schlechte Absicht schließen, und daher alle Rechts- und Beweislehren umkehren wollte. Wir glauben aber auch, daß hier von einer Vermuthung der Natur der Sache nach, die Rede nicht sein kann. Wenn irgend eine Handlung zweierlei Deutungen fähig ist, in den bei weitem meisten Fällen aber die eine Deutung die

---

[47]) Nachdem diese Kaiser verordnet hatten, daß sowohl der invasor rei alienae, als auch derjenige, der vielleicht den Besitz nicht im bösen Glauben begonnen, der sich aber noch nach insinuirter Klage in demselben erhält, sogar die Früchte doppelt restituiren muß, was denn offenbar voraussetzt, daß gleich nach der Convention der Beklagte sich vom Recht des Klägers überzeugen konnte, fahren sie fort: addimus etiam ut impensas sumptusque litis, re ad finem perducta, petitoribus praestent, ac ne ipsos quidem petitores qui inanes lites et jurgia non moventia ingerunt possidentibus, ab ipsius cautionis merito segregamus; jubemus enim, *ut si intentio petitoris improba judicetur* praestet expensas . . . . . . etiam si super hac re *expressior* cesset sententiae judicantis.

wahre ist, so nehmen wir in einem gegebenen Falle, wo ein weiterer Beweis nicht vorhanden ist, an, daß auch hier das gewöhnlich Eintretende vorliegt; jede Vermuthung setzt daher die Abwesenheit einer speciellen Erkenntnißquelle voraus; ist aber ein Rechtsstreit durchgeführt, haben beide Partheien ihre Rechtsmittel vorgetragen, so muß das Material gegeben sein, in dem speciellen Falle zu entscheiden, ob hierBöswilligkeit, strafbarer Leichtsinn oder entschuldbarer Zweifel vorlag; wenigstens scheint das römische Recht bei der Zulassung des Judicium calumniae in allen Fällen von dieser Ansicht ausgegangen zu sein. Es dürfte daher bei diesem dolus ganz dasselbe eintreten, was nach einer richtigen Theorie bei der Frage des dolus in Criminalsachen Rechtens ist: es wird weder für, noch gegen die böse Absicht vermuthet, die am Ende des Processes offen liegenden Umstände müssen Indicien für die eine oder die andere Unterstellung liefern, wir sind daher gar nicht in der Lage, ein Schnitterurtheil nach einer Pluralität von Fällen abgeben zu müssen. Es möchte zu den seltensten Erscheinungen im prozessualischen Leben gehören, daß nach einem durchgeführten Rechtsstreit die Sachlage so wäre, daß der Richter über die ratio litigandi im Zweifel wäre. Stellte sich aber dennoch ein ernstlicher Zweifel heraus, so wäre es unbegreiflich, wie man ohne überwiegende Gründe zu einer Kostencondemnation kommen könnte, die eine Unredlichkeit voraussetzte.

Wenn wir aber hier jede Rechtsvermuthung ausschließen, die aus der Mehrheit der Fälle entnommen ist, so können wir ohne eine Rechtsfolge daran zu knüpfen, es dennoch als einen Erfahrungssatz gelten lassen, daß

in den meisten Fällen der Richter nach reiflicher Prüfung zu der Ueberzeugung kommen wird, daß der Succumbirende auch schlecht gestritten hat. Wo also der Gesetzgeber die Frage nicht ex professo und erschöpfend behandeln will, wann eine Parthei der andern die Proceßkosten zu ersetzen habe, wenn es ihm nur darauf ankömmt, an den Satz der Kostencondemnation irgend eine weitere Verfügung zu reichen, so kann er schon als an den regelmäßig sich darstellenden Fall, daß der Besiegte dem Sieger die Kosten zu ersetzen habe, anknüpfen. Ein solches Bewenden scheint es mit einer Aeußerung Justinians in der bekannten Const.: 3 §. 6, Cod. de judic. zu haben, worauf ein so bedeutendes Gewicht gelegt wird. Die Stelle lautet also:

> Sive alterutra parte absente, sive utraque parte praesente lis fuerit decisa, omnes judices, qui sub imperio nostro constituti sunt, victum in expensarum causa victori esse condemnandum quantum pro solitis expensis litis juraverit, non ignorantes, quod si hoc praetermiserint, ipsi de proprio hujusmodi poenae subjacebunt et reddere eam parti laesae coartabuntur.

Drei Punkte sind es, die Justinian hier bestimmt reguliren will. Erstens, daß nur dann eine Parthei der andern Kosten zu ersetzen hat, wenn der Richter eine Verurtheilung ausgesprochen hat, daß sohin, abweichend von der oben angeführten Constitution von Valentinian, an die blose Erklärung: intentio tua improba est, oder calumniatus es, eine Verbindlichkeit zum Ersatz der Kosten noch nicht geküpft werden kann; zweitens, daß der Be-

trag der Kosten nach dem Eide der Parthei auszusprechen ist, der Kosten ersetzt werden; drittens, daß wenn der Richter dieses unterläßt, gegen ihn eine Ersatzklage zulässig ist; ob nicht noch ein vierter Satz hier ausgedrückt werden sollte, davon weiter unten. Dagegen kann es die Absicht Justinians gar nicht gewesen sein, eine Regel über die Kostencondemnation des Besiegten aufzustellen, denn dann hätte er nicht nur irgend eine Modification propter bonam fidem, oder propter varietatem negotii hinzufügen müssen, sondern er würde mit seiner eigenen Constitution §. 2 in Widerspruch kommen, wonach sogar der Sieger die Kosten zu zahlen hat, nämlich im Falle der contumacia; daß aber die in diesem Paragraphen angegebenen Sätze auch auf den Contumacialfall anwendbar sein sollen, sagt Justinian deutlich in der Einleitung zu demselben: sive alterultra parte absente, so daß vielleicht die Interpretation noch den Vorzug verdienen möchte, die den Paragraphen gar nicht von einem Succumbiren in der Hauptsache, vielmehr von dem victum in expensarum causa versteht.

Man bezieht sich ferner auf die const. 5 cod. de fruct. et lit. expens., wovon uns der eigentliche Text mangelt, so daß wir gar nicht wissen, in welchem Zusammenhange und in welchem Wortausdruck die angebliche Regel ausgesprochen ist, obschon in einer andern Beziehung diese Constitution einen bedeutenden Wendepunkt in unsere Lehre eingeführt zu haben scheint. Uebrigens sagt sie uns ebenfalls

> si vero conventus bona fide solverit, aut actor lite destiterit, aut etiam judex inveniat

eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem sic evitabit expensarum condemnationem

so daß doch am Ende die ganze Constitution, so weit wir ihren Inhalt mit Bestimmtheit beurtheilen können, weiter nichts sagt, als daß der Richter bei Entscheidung über die Kosten die Intention der streitenden Theile, so wie sie sich aus der ganzen Prozeßführung ergiebt, zu beurtheilen hat, ohne daß man hier von Regel und Ausnahme zu sprechen befugt wäre.

Nehmen wir noch die Novelle 82, cap. X. zu Hülfe, die sich auf jene Constitution von Zeno bezieht, so scheint die Hauptendenz derselben gewesen zu sein, nicht nur keine neue und allgemeine Regeln über die Kostencondemation aufzustellen, sondern umgekehrt auszusprechen, daß der Richter den Kostenpunkt speziell seiner Untersuchung zu unterwerfen habe, und sich sohin die Ersatzverbindlichkeit nicht von selbst verstehe. Diesem fügt Justinian unter andern noch hinzu, daß auch eine Kostenkompensation, wo sie eintreten soll, ausdrücklich auszusprechen sei [48]).

6) Aus dem gewonennen historischen Standpunkt scheint uns die in dieser Materie aufgeworfene Frage beantwortet

---

[48]) Nov. 82. Cap. X. Opportet autem expensarum rationem judicem omnino examinare; et quia hoc Zenonis divae memoriae decrevit sententia et auctoritas et nos non dedignati sumus, partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum. Maneat etiam nunc in eodem schemate custoditum illo solo adjecto, ... si tamen perspexerit, neutrum sumptuum subdere ratione, et propter negotii forte varietatem et hoc decernat sua sententia.

werden zu müssen, ob der Richter von Amtswegen den Kostenpunkt zu entscheiden habe, m. a. W. ob ihm gesetzlich schon die Verbindlichkeit obliege, wo er Calumnie findet, den Calumnianten in die Kosten zu verurtheilen, so daß gar nicht nöthig sei, daß ein Antrag darauf gestellt worden? Diese Frage ist bekanntlich sehr bestritten. Uns scheinen die meisten der bis jetzt für die verneinende, sowohl als für die bejahende Ansicht aufgeführten Gründe nicht zutreffend. Dafür daß vom Richter ohne daß ein förmliches Petitum gestellt wurde, eine Kostencondemnation nicht ausgesprochen werden dürfe, daher noch gewisser nicht ausgesprochen werden müsse, bezieht man sich auf den sich beinahe von selbst verstehenden Satz, daß der Richter über das nicht sprechen kann, was nicht in judicium deducirt sei [49]), ohne zu bedenken, daß nur der Kläger in judicium deducirt, der Beklagte als solcher nie; es ist aber unseres Wissens noch Niemanden beigefallen, daß der Beklagte, um eine Kostencondemnation zu impetriren, eine Gegenklage anzustellen habe, oder daß er für seine Kosten, die ihm vom Kläger geeigneten Falles zuzusprechen sind, die dieser gewiß nicht in judicium deducirt, als Gegenkläger behandelt werde [50]). Für die bejahende Meinung führt

---

[49]) Unter anderen zieht man hierher Frag. 18. D. com. divid.

[50]) Bei dem rein schriftlichen Verfahren des seitherigen deutschen gemeinen Processes konnte die im Texte gemachte Bemerkung leicht entgehen. Im französischen Proceßverfahren, in welchem jeder selbstständige Antrag vom Kläger sowohl als vom Beklagten, also Klaganträge, Gegenklagen, wahre Exceptionen in der Regel schriftlich mitgetheilt werden sollen, hat der Beklagte, der sich in seiner Conclusion auf Klage-

man wieder eine Reihe von Stellen an [51]), die den Satz aussprechen, daß der in einer Sache ernannte Juder auch über alles das sprechen könne, was post acceptum judicium sich aus derselben entwickelt, weil in der Regel alles auf den Standpunkt der Litiscontestation zurückgeführt werden müsse, mit andern Worten, es in der Aufgabe des Juder schon von selbst liege, daß der Kläger alles das erhalte, was er gehabt hätte, wenn gleich nach der Litiscontestation der Prozeß sein Ende erreicht hätte. Abgesehen davon, daß in den desfallsigen Stellen gar nichts darüber gesagt ist, ob und welche Anträge bei dem Juder zu stellen sind, ferner, daß hier nur entweder von Accessionen als Früchte und Zinsen die Rede ist, die sich aus der Sache entwickeln, oder von der Art, wie die Veränderungen zu behandeln sind, die sich mit der Sache ereignen, die Prozeßkosten aber gar nicht in diese Cathegorie fallen; so wäre hier auch nur eine Regel gefunden, für die Kosten, welche der Kläger vom Beklagten, nicht aber für die, die der Beklagte vom Kläger verlangen könnte, die unmöglich als Accessorium einer Hauptsache behandelt werden können, die ja, wenn der Beklagte siegt, gänzlich verschwindet. Wir wollen ver-

abweisung beschränkt, obschon er auf Kostencondemnation concludirt, nichts Schriftliches mitzutheilen. Im justinianischen Proceß begann der Rechtsstreit mit einer schriftlichen Ladung, welches summarisch das Klagepetitum angab *); höchst wahrscheinlich mußte der Beklagte in der Reconvention ebenfalls einen Libell einreichen; um eine Kostencondemnation zu erhalten, gewiß nicht.

*) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, §. 22.

[51]) Die Hauptstelle für diese Ansicht ist: Frag. 25. §. 8. de aed. edict.

suchen unsere Ansicht zu begründen, die dahin geht, daß der Richter, ohne daß besondere Anträge gestellt sind, da wo eine Kostencondemnation auszusprechen ist, dieselbe aussprechen muß.

a) Das alte Recht kennt zweierlei Arten von Nachtheilen, die den Kläger, der den Prozeß verliert, treffen können, und was vom Kläger galt, ist heute beiden Partheien gemeinschaftlich. Die eine findet nur in speciell aufgezählten Fällen statt, und wird durch ein judicium contrarium, eine förmliche Reconvention, geltend gemacht; die andere durch die actio calumniae; die restipulatio steht in gewisser Beziehung mit dem judicium contrarium auf gleicher Linie [52]). Bei dem judicium contrarium hatte der Kläger dem Beklagten ein Verlustgeld zu bezahlen, sobald er den Prozeß verlor, ohne Rücksicht darauf, ob er böswillig procedirte, oder ob er in der ihm aufrichtig begründet geschienenen Ansicht war, es stehe ihm ein Klagerecht zu [53]). Das Fundament des Anspruchs des Beklagten lag sohin gleich in der Klagestellung des Klägers, sobald er sich nur in den Prozeß einließ und aus irgend einem Grunde behauptete, jener müsse mit der

---

[52]) Gaius IV. §. 174—177.

[53]) *Gaius* l. c. §. 178. Severior autem coercitio est, per contrarium judicium; nam calumniae judicio X. partis, nemo damnetur, nisi qui intelligit, non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia, actionem instituit; potiusque ex judicis errore, vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; calumnia enim in affectu est, sicut furti crimen. Contrario vero judicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere.

Klage abgewiesen werden; beide Rechtsstreite konnten daher gleichen Schrittes gehen. Anders bei der calumniae actio; formell schon scheint sie erst durch das am Schlusse des Rechtsstreites vom Judex ausgesprochene Urtheil, daß der Kläger wider besseres Wissen gestritten habe, begründet gewesen zu sein, aber auch materiell konnte wohl die calumnia auch erst dadurch entstehen, daß der Kläger sich im Laufe des Rechtsstreites von seinem Unrecht überzeugte, und dennoch den Prozeß fortsetzte [54]). Das judicium calumniae mußte daher nothwendig erst nach beendigtem erstem Rechtsstreit selbstständig erhoben werden, während die Frage: ob eine Calumnie vorlag oder nicht, nur von dem Judex in der Hauptsache entschieden werden konnte, wenn man sich nicht der Gefahr aussetzen wollte, daß der zweite Judex in dieser ein ganz andres Urtheil fälle, als der erste. Combiniren wir das, was uns Theophilus in der oben angeführten Stelle mittheilt mit den Nachrichten bei Gaius, und dem was unsere Quellen über die Calumnie in Criminalanklagen berichten, so scheint folgendes Verfahren statt gefunden zu haben:

1) Der Beklagte, der nach beendigtem Rechtsstreit das judicium calumniae erheben wollte, mußte seinen Willen während desselben erklären, und dadurch den Judex veranlassen nicht nur über die Sache selbst, sondern auch über die Intention des Klägers sein Urtheil zu fällen. Darauf deutet der Ausdruck bei Gaius [55]):

---

[54]) Arg. Frag. 10. D. de judic.

[55]) Gaius l. c. §. 176.

liberum est illi, cum quo agitur, aut judicium calumniae opponere.

Es mußte aber dieses während des ersten Rechtsstreites geschehen, damit die actio calumniae reservirt blieb; nach entschiedener Sache konnte die Action nicht mehr begründet werden. Neben der Natur der Sache, spricht auch dafür die Analogie der Grundsätze dieser Klage im Criminalprocesse [56]). Im ersten Rechtsstreite wurde keine Condemnation verlangt, sondern nur ein praejudicium.

2) Im ersten Rechtsstreit sprach daher der Richter geeigneten Falles aus, daß der Kläger ein Calumniator sei; Theophilus deutet diesen Umstand in den Worten an: posteaque victus et calumniator inventus fuissem, und die Formel ist uns wieder im Criminalprocesse erhalten, sie lautet: calumniatus es. [57])

3) Nunmehr stoßen wir auf einen andern, aber sehr in der Natur der Sache liegenden Unterschied zwischen Criminalanklagen und Privatklagen, dort lag in dem Ausspruch, daß Calumnie vorhanden sei, schon die Verhängung der Strafe [58]), hier mußte jetzt erst ein neues judicium constituirt werden.

---

[56]) Const. 1. cod. de calumniatoribus. Calumnia eo tempore coerceri solet, quo de causa praesente accusatore judicatur; ideoque postea, quam de causa judicatum est, contra consuetudinem calumniam accusatoris puniri desideras.

[57]) Frag. 1. §. 4. D. ad Stc. Turp.

[58]) Frag. 1. §. 4. cit. Sin autem pronunciavit: *calumniatus es* condemnavit eum, quamvis nihil de poena subjecerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur.

b) Das calumniae judicium scheint mit dem ordo judiciorum allmählig außer Gebrauch gekommen zu sein, und es ist keine unwahrscheinliche Vermuthung, daß bei den judiciis extraordinariis, bei welchen überhaupt die Obrigkeit mehr als solche in ihrer Staatswürde hervortrat, wo sohin ein frivoles Streiten auch als eine Beleidigung gegen diese aus mehr als aus einer Rücksicht betrachtet werden konnte, von jeher ein ganz andres mehr auf amtliche Selbstständigkeit berechnetes System gegolten hat, welches aber jetzt mit dem alten System zu verschmelzen war. An die Stelle des früheren Nachtheils für den frivolen Streiter trat die Verbindlichkeit die mit der Zeit sich vermehrt habenden Prozeßkosten zu bezahlen. Das Eigenthümliche der früheren Strafe der X. pars bestand darin, daß auf deren Realisirung ein Antrag im ursprünglichen Rechtsstreit nicht gestellt, daß ebenso wenig eine Begründung desselben in einem neuen Prozesse versucht werden konnte, daß vielmehr das Präjudicium im ersten, das judicium im zweiten Prozesse statt fand. Eine Vereinfachung der Sache war es daher, wenn man an das Präjudicium schon an für sich die Folge knüpfte, daß Kosten zu ersetzen seien, man kam dadurch nur dem näher, was analog schon im Criminalprozeß galt, im übrigen aber behielt man das System bei, welches bei der actio calumniae galt. So weit scheint es schon bei der Publikation des Codex Theodosianus gekommen gewesen zu sein. Aus diesem Gesichtspunkt erhalten die Worte der const. I. Cod. Theod. de fruct. et lit. expensis ihren wahren Sinn:

> Jubemus enim, *et si intentio petitoris improba judicetur* praestet possessori sumtus,

praestet expensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiam si super hac re *expressior* cesset sententia judicantis.

An das Präjudiz ist schon ipso jure die Folge geknüpft. Damit steht nicht in Widerspruch, wie Gothofred in seinem Commentar zum Codex Theodosianus annimmt [59]), vielmehr in vollkommener Consequenz die Vorschrift der Kaiser Theodosius und Honorius [60]), daß wenn die Kostencondemnation nicht ausdrücklich im ersten Prozesse ausgesprochen, auch das Präjudiz nicht erklärt ist [61]), ein selbstständiges Klagerecht wegen der Kosten nicht zustehe.

c) Das Resultat dieser Gesetzgebung verbunden mit dem alten Recht über das judicium calumniae kann sohin nur das gewesen sein, daß der Beklagte keinen förmlichen Antrag auf Kostencondemnation zu stellen hatte, denn es kann unserer Ansicht nach nicht oft genug wiederholt werden, daß diese Condemnation nicht dem contrarium judicium, sondern dem calumniae judicium nachgebildet wurde, auch eine Erklärung, daß man actio calumniae anstellen werde, paßte nicht mehr; alles was man hätte fordern können, wäre darauf reducirt gewesen, den Beklagten anzuhalten, den Richter anzuregen, in seiner Ent-

---

[59]) Cod. Theod. cum perp. com. Jac. Gothofr. edit. Ritter. I. p. 440, 441.

[60]) Const. 2. Cod. Theod. h. t. Const. 3. Cod. inst. ibid.

[61]) Vielleicht soll die Abwesenheit der präjudiciellen Erklärung intentionem improbam esse mit den Worten ausgedrückt sein: aut super his querelam jure competere.

scheidung gleichzeitig die Frage zu untersuchen, ob die intentio eine improba sei; das wäre aber am Ende nur eine leere Form gewesen, und es mußte sich aus der ganzen Vertheidigung ergeben, ob ein solches behauptet wird, so wie umgekehrt, nachdem Kläger und Beklagter hierin gleichgestellt waren, sich kein bestimmter Abschnitt im Prozesse auffinden lies, wann der Kläger diesen Präjudicialpunkt anzuregen gehabt hätte. Es lag daher im natürlichen Entwickelungsgang, und stellte sich vielleicht als eine Folge der Anwendung der Grundsätze der judicia extraordinaria auf sämmtliche judicia dar, daß man unter Festhaltung des Gesichtspunkts der calumnia, nun dem Richter die Verbindlichkeit auflegte, schon ohne alle Anregung sich die Frage des frivolen Rechtsstreits vorzulegen, und statt der Formel calumniatus es, die ohnehin jetzt einer förmlichen Kostencondemnation gleich kam, die Kostencondemnation selbst auszusprechen. Von einem Entscheiden ultra petita partium konnte schon um des willen keine Rede sein, weil zu einem eigentlichen Petitum kein Stoff vor beendigtem Rechtsstreit vorlag.

d) Außer diesem historischen Zusammenhange giebt uns noch die bekannte const. 5. Cod. de fruct. et lit. exp. eine Reihe von Anhaltspunkten, die wir herausheben wollen:

> constitutio praecipit, ut quivis judex, in sententia sua *jubeat* victum factos in judicio sumptus praestare.

Es wird hier keine Verbindlichkeit einer Parthei der andern gegenüber ausgesprochen, die wenn sie gerichtlich geltend gemacht, und vom Richter begründet befunden

wird, von demselben, wie natürlich auch sachgemäß zu berücksichtigen ist, das Gesetz wendet sich an den Richter, legt ihm eine Verbindlichkeit auf, und diese Fassung beweißt hinlänglich gegen die Schadensersatztheorie so wie gegen das Gewicht, welches auf diese Constitution in Bezug auf die angebliche neue Regel gelegt wird; uns scheint dieselbe mehr die Art, wie die Verbindlichkeit des Kostenersatzes auszusprechen sei, reguliren zu wollen, als das materielle Recht zu ändern. Damit stimmt auch die schon angeführte Relation der Nov. 89. c. X. überein.

> Oportet autem expensarum rationem judices *omnino* **examinare.**

Die Constitution fährt fort:

> habet et potestatem judex transcendendi sumptum ad decimam usque partem eorum quae impensa sunt, si eum ad hoc partis ejus, quae sumptus profudit, impudentia permoverit, ita ut ea, quae impensas excedunt, ad fiscales rationes pertineant, nisi forte judex detrimentum partis victricis sarcire volens, partem aliquam horum ei adsignet.

Diese decima pars, die wieder an das judicium calumniae erinnert, welche dem Fiscus zugesprochen werden kann, wird es bestimmt ohne äußere Anregung.

> Neque tantum actor *atque reus* in expensas condemnantur quum judex utrique competens est, verum etiam quum non est judex actoris, qui tamen in reconventione victus, nec eum judicem recusare possit.

Es soll hier der Zweifel beseitigt werden, ob der

judex reconventionis den Hauptkläger und Widerbeklagten, wenn er in der Widerklage unterliegt, ebenfalls in die Kosten condemniren dürfe, obschon er eigentlich nicht competent ist. Dieser Zweifel hätte durchaus keinen Halt, wenn die Kosten, wie die sonstigen accessoria litis eingefordert würden und desfalls ein Petitum zu stellen wäre; der Kostenpunkt würde dann ein Glied der Reconventionsklage bilden, und schon an und für sich die Competenz gegeben sein. Beanstandet konnte die Sache werden theils mit Rücksicht auf das judicium calumniae, dem die neue Kostencondemnation nachgebildet ist, und einen zweiten Prozeß voraussetzte, theils mit Rücksicht auf die Officialgewalt des Richters; indem dessen Competenz in der Hauptsache zwar für den Beklagten an und für sich und für den Kläger durch sein Erscheinen bei diesem Richter begründet war; in der Reconvention aber bestand gegen den Reconventionsbeklagten an und für sich keine Competenz, und der Kläger procedirte nur gezwungen. Freilich wäre dieser Zweifelsgrund auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht ausreichend, die Incompetenz des Reconventionsrichters zu begründen; ohne ihn hätte aber die Sache auch gar keine Erwähnung verdient.

Quod si judex non fecerit ipse parti victrici damnum compensare cogitur.

Nur in der im Laufe dieser Erörterung schon oft herausgehobenen Gestaltung des Kostenpunktes, und in der Officialverbindlichkeit des Richters kann der Grund zu dieser exorbitanten Vorschrift gefunden werden; nicht aber darin, daß keine eigene Action für den Kostenersatz gegeben ist, oder weil der Judex ein ihm gestelltes Petitum

unberücksichtigt ließ, weil anders dieses auch bei den andern Accessorien eintreten müßte, wo ebenso eine nachträgliche Klage nicht gestattet ist, oder überhaupt so oft der Richter ein Petitum unerledigt ließ.

Haben wir bis jetzt unsere Ansicht begründet, daß der Richter den Kostenpunkt ex officio zu erledigen hat, so schließt sich hier auch die Vorschrift der const. 6. §. ult. de jud. an, welche dieselbe Auflage für den Richter wiederholt, und abermals da, wo er die Entscheidung unterläßt, ihn persönlich verantwortlich macht.

7) Nach allem bisher Entwickelten wird sohin so oft Kostencompensation eintreten müssen, als beim Schlusse der Verhandlung der Richter die Ueberzeugung erlangt, daß die unterliegende Parthei nicht aus böslicher Absicht, sondern entweder in der Ueberzeugung ihres Rechtes, oder weil sie wenigstens gegründete Zweifel hatte, die sie sich nicht selbst lösen konnte, den Weg Rechtens betrat. Es ist unsere Absicht nicht, alle Gründe aufzuführen, aus welchen Kostencompensation eintreten kann. Alles das muß dem Ermessen des Richters im einzelnen Falle unterworfen bleiben; namentlich gehören hierher zweifelhaftes Recht, zweifelhafte Interpretation von Beweisdocumenten, und schwankende factische Beweise. Man hat in Bezug auf das zweifelhafte Recht als Gegengrund das Princip geltend machen wollen, daß Rechtsirrthum schade, während dieser Rechtssatz sich nie eine allgemeine Anwendung vindicirte, und mindestens da nur sehr behutsam in Anschlag zu bringen ist, wo der Irrende Schaden leiden soll. Was die zweifelhaften Beweise angeht, so will man mit Rücksicht auf eine Aeußerung von G a i u s im neunten Buche ad

edictum provinciale[62]) hier mit dem Kläger keine Nachsicht haben, der Kläger müsse certus ad judicium kommen. Wir wollen nicht in Abrede stellen, daß auch in der Beurtheilung des Kostenpunktes die Rolle des Beklagten günstiger steht, als jene des Klägers; die Aeußerung von Paulus im Frag. 40. de hered. petit. bezieht sich ebenfalls auf den Beklagten; aber auch dem Kläger kann man nicht zumuthen, nur solche Rechte geltend zu machen, die unter keiner Voraussetzung in Zweifel gezogen werden können. Es giebt Beweismittel, die man nur im Proceßwege erheben kann; man denke an solche, die nur durch ein Editionsgesuch der Parthei und dem Richter zur Prüfung unter die Augen kommen können; Zeugen haben keine Rechtsverbindlichkeit außergerichtlich über ihr Wissen Auskunft zu geben, und wenn sie es thun, so geschieht es unbeeidigt. Es ist aber übrigens bekannt, wie selbst da, wo eine Beweistheorie herrscht, gerade die Beweisfrage der verschiedensten Beurtheilung unterliegt, und die Subjectivität des Richters hier nie ganz neutralisirt werden kann. Wenn nicht bestritten werden kann, daß unsere Lehre von der Kostencondemnation dem judicium calumniae nachgebildet ist, so ist es vorzüglich der Kläger, dessen Böswilligkeit von jeher Voraussetzung der Calumnienklage war. Das angeführte Frag. 42. D. de R. J. spricht auch nur von einem speciellen Falle, von der successio in alterius locum, und hält dem Erben des Beklagten mehr

---

62) Frag. 42. D. de reg. jur.

zu gut, als jenem des Klägers. Nach dem Schlusse zu urtheilen:

> cum sit in potestate ejus, quomodo velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere,

scheint der Jurist nur ein voreiliges Streiten, bevor sämmtliche Erbschaftspapiere und Documente untersucht sind, nicht in Schutz zu nehmen, während der beklagte Erbe vorläufig den Anspruch bestreiten kann, weil man ihm ein vordersamstiges Zugeständniß nicht zumuthen darf, und es auch nicht in seiner Gewalt steht, den Kläger so lange mit dem Rechtsstreite hinzuhalten, bis er die Verlassenschaftsdocumente durchsucht hat. Es müssen daher für den Kläger dieselben Billigkeitsgründe gelten, wie für den Beklagten.

8) Es war bis jetzt die Rede vom Falle, wo der Rechtsstreit durch Urtheil sein Ende erreichte. Derselbe kann auch enden:

a) Durch Vergleich; ist über die Kosten in demselben nichts gesagt, so kann auf keinen Fall von einem Kostenersatz die Rede sein, einmal weil eben durch den Vergleich als erwiesen vorliegt, daß von keiner Seite der Rechtsstreit frivol geführt wurde; sodann weil es durch den Willen beider Partheien zu keiner richterlichen Entscheidung mehr kommen kann, und eine Klage über den Kostenpunkt nicht gestattet ist.

b) Der Rechtsstreit konnte nach altem Rechte auch sein Ende erreichen dadurch, daß die gesetzlich für dessen Entscheidung bestimmte Zeit fruchtlos abgelaufen war, namentlich durch die mors litis, durch die Peremption des

Processes [63]). Da in diesem Falle eine Entscheidung in der Hauptsache auch über den Präjudizialpunkt unmöglich wurde, so konnte natürlich von einem darauf folgenden judicium calumniae keine Rede sein. In unserm Processe kömmt ein Analogon dieser von Rechtswegen erfolgenden Proceßerlöschung nicht vor; was man Verjährung der Litispendenz nennt, ist nichts anders als die Verjährung der Klage, angewendet auf den Fall, wo es sich nicht mehr von der Klageerhebung handeln kann, weil sie schon erhoben ist, sondern von deren Fortsetzung. Der Beklagte muß sich auf diese Exception berufen, und der Richter darüber erkennen, sie kann also zu einer Beendigung des Rechtsstreites im eigentlichen Sinne nicht führen [64]). Wie aber der Beklagte sich auf diese Einrede beruft, und deren Begründung erkannt wird, so entsteht die Frage: ob der Kläger die Proceßkosten zu erstatten hat, welche bis zum Augenblicke entstanden sind, wo der Rechtsstreit liegen blieb. Der Zweifelsgrund kann darin gefunden werden, daß man, wie dieses bei dem Falle des förmlichen Abstands jedenfalls eintrat [65]), in dem Liegenlassen des Processes von Seiten des Klägers eine Anerkennung finden könnte, daß er nur calumniandi animo den Rechtsstreit erhoben hätte. Wollte man diese Meinung adoptiren, so müßte unterschieden werden, ob der Rechtsstreit gleich nach Insinuation des Klagelibells liegen geblieben, so daß in keiner Handlung des Beklagten,

---

[63]) *Gaius* IV. §. 103—105.

[64]) Anders v. Linde, Lehrbuch §. 232.

[65]) Frag. 10. D. de judic.

etwa darin, daß der Kläger besser unterrichtet, den Proceßweg verließ, kein Grund der Desertion gefunden werden könnte, und dem Falle, wo wirkliche proceßualische Verhandlungen statt gefunden haben, und nunmehr die Klage liegen geblieben wäre. Indessen scheint es uns, als wenn im Falle, wo der Rechtsstreit auf den Grund der aus dem vierzigjährigen Stillschweigen gezogenen Einrede des Beklagten mit einer Abweisung der Klage endigt, von einer Condemnation des Klägers in die Kosten, welche im Processe bis zur Zeit seines Stillstandes erwachsen sind, die Rede nicht sein könne; jene Vermuthung der ursprünglichen Frivolität des Processes ist rein aus der Luft gegriffen, der Proceß konnte auch aus sehr vielen anderen Gründen liegen geblieben sein; es stand dem Beklagten so gut als dem Kläger das Recht zu, denselben fortzusetzen, so wie er die Verjährungseinrede nicht nothwendig vorschützen mußte. Eine ganz eigene Unbilligkeit würde es aber gegen den Kläger involviren, wenn man den Rechtsstreit nur noch zu dessen Nachtheil offen lassen wollte, während ihm die abgelaufene Zeit jede Möglichkeit eines Vortheils entzieht.

c) Endlich kann der Rechtsstreit auch sein Ende erreichen dadurch, daß der Kläger dem Rechtsstreite entsagt. Dieses konnte im römischen Processe auf zweierlei Weise geschehen. Entweder der Kläger erklärt ohne Weiters, er lasse den Rechtsstreit fallen, so war schon wegen der Proceßconsumtion eine nochmalige Aufnahme desselben unmöglich; es lag daher nothwendiger Weise in dem Abstehen vom Rechtsstreit ein Verzicht auf das Recht. Und da nunmehr auch der Präjudicialpunkt für das judicium

calumniae eine Erledigung nicht finden konnte, so mußte auch in einem eigentlichen Desistiren von der Klage die Anerkennung gefunden werden, daß man das Ganze nur zur Vexation vorgenommen hatte. Der Abstand konnte aber auch darin bestehen, daß man gerade die Frage der Calumnia offen behielt, indem man die Erklärung so giebt, daß man nicht den Proceß in der Vergangenheit mißbilligt, für die Zukunft aber erklärt, nicht streiten zu wollen, weil man sich jetzt von dem Ungrund überzeugt habe. Eine solche Erklärung, indem sie die Frage über das judicium calumniae nicht erledigt, macht der Lis kein ganzes Ende, und ist sohin kein eigentliches lite desistere, sondern nur ein litem deserere. Einen solchen bedingten Abstand brauchte natürlich der Beklagte nicht anzunehmen; nimmt er ihn aber an, so war folgerecht das judicium calumniae verloren [66]). Ganz dasselbe muß auch heute von den zu ersetzenden Kosten gelten, und wenn die const. 5, §. 1 Cod. de fruct. et lit. sumpt. sagt, si actor lite destiterit, hic evitabit ex-

[66]) Frag. 10. D. de judic. *Destitisse* is videtur, non qui litem distulit, sed qui liti renuntiavit *in totum*, desistere enim est, de negotio abstrahere, quod calumniandi animo instituerat; plane, si quis cognita rei veritate, suum negotium deseruerit, nolens in *lite improba* perseverare, quod calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur. Ein einfaches Fallenlassen der Instanz braucht sich der Beklagte nicht gefallen zu lassen. Willigt er in eine solche Proposition, und es ist über die Kosten unter den Partheien nichts vertragen, dann muß die Sache in so weit als Vergleich behandelt werden, und es liegt kein Grund zum Kostenersatz vor. Cf. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V. 412.

pensarum condemnationem, so kann diese Vorschrift nur von einem Desistiren im uneigentlichen Sinn verstanden werden, also von einer Erklärung, nunmehr den Rechtsstreit nicht mehr fortsetzen zu wollen [67]).

Indem wir hier unsere Bemerkungen über das gemeine Recht schließen, bemerken wir, daß das canonische Recht unser System stützt, und daß das deutsche Recht nichts Erhebliches dagegen hat.

---

[67]) Daß diese Stelle ihre sehr bedeutende Schwierigkeit hat, läßt sich nicht bestreiten; es fragt sich, auf welche Weise bei einem wirklichen Desistiren der Beklagte zu seinen Kosten gelangt, da ihm eine eigene Klage nicht zusteht. Eigenthümlich ist eine von Gensler versuchte Interpretation *). Es soll nämlich dieselbe im Zusammenhange, si conventus bona fide solverit, aut actor lite destiterit, aut etiam judex inveniat non calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic evitabit expensarum condemnationem, so verstanden werden, wenn der actor desistirt, solle der conventus keine Kosten zu ersetzen haben!! Eine solche Interpretation durfte zur Ehre des Interpreten keine Widerlegung finden. Eher ließe sich noch denken, daß Zeno in dem neuen System den Fall des Desistements nicht zu behandeln wußte, oder daß er unterstellt, daß zu einer Zeit abgestanden wurde, wo dem Beklagten noch keine Kosten entstanden sind. Letzteres würde sich allerdings von selbst verstehen, aber bei dem judicium calumniae kam es natürlich auf diesen Umstand nicht an.

*) Genler l. c. S. 254, Note 146.

II. Neuere Gesetzgebungen.

a) Französisches Recht.

§. 3.

Die Gesetzgebung, die sich von der bisherigen Darstellung des gemeinen Rechts am meisten entfernt, ist die im Code de procedure civile enthaltene französische; sie ist anscheinend sehr einfach und sehr durchgreifend, ist aber nichtsdestoweniger die Quelle zahlloser Controversen, und zwar selbst in Bezug auf solche Fragen, die schon im gemeinen Recht streitig waren, verstößt nicht selten gegen die offenbarste Billigkeit, und führt daher in der Anwendung zu sehr bedeutenden Verlegenheiten.

Wir wollen bei der Darstellung der Grundzüge dieser Gesetzgebung das auch bei der Entwicklung des gemeinen Rechts befolgte System beibehalten, daher erst von den Contumacialkosten, dann von den Kosten des verzögerten, endlich von denen des verlorenen Rechtsstreites handeln.

I. Contumacialkosten. Schon der Ausdruck dürfte nach der ganzen Idee des französischen Processes nicht passend sein; wir wollen daher vorläufig von Ausbleibungs- oder Nichterscheinungskosten sprechen, obschon auch diese Ausdrücke nicht ganz dem Begriffe entsprechen. Da wir aber auch für Leser schreiben, die den Mechanismus des französischen Processes nicht kennen, so haben wir hier einige Grundlinien desselben zu skizziren. Der französische Proceß beginnt ohne Dazwischenkunft des Richters, namentlich ohne vorausgehenden richterlichen Befehl. Die Parthei,

welche die Rolle des Klägers übernimmt, läßt der andern, die sie als Beklagte constituirt, durch eine mit zu diesem Zwecke für den Dienst des Publicums angestellte öffentliche Person, huissier [68]), eine schriftliche Aufforderung zustellen, binnen der vom Gesetze bestimmten Frist bei dem Gerichte zu erscheinen, um dort den mit in diese Aufforderung aufzunehmenden und summarisch zu begründenden Antrag gegen sich nehmen zu hören. Diese Ladung hat die größte Analogie mit der römischen Litisdenuntiation, sie wird auf Privatautorität gegeben, nicht im Namen des Gesetzes oder des Souverains, wie die Vollziehungsbefehle von Urtheilen und Urkunden, welche im Namen der höchsten Gewalt ausgestellt sind, ja nicht einmal im Namen des Gerichts, vor welchem der Beklagte erscheinen

---

[68]) Man hat den französischen Ausdruck huissier mit Gerichtsdiener, Gerichtsbote oder auch Gerichtsvollzieher deutsch wieder zu geben versucht. An und für sich thut der Name nichts zur Sache, aber wenn auch eine nichtsbedeutende Benennung, eben weil sie nichts sagt, gleichgiltig ist, so muß man gegen solche Bezeichnungen aufmerksam machen und warnen, die etwas anderes sagen, als sie sagen sollen. Der huissier ist weder vorzüglich ein Diener des Gerichts, noch ein Bote desselben, noch auch ein Vollzieher seiner Befehle; er steht eben so gut und sogar öfterer im Dienste der Privaten, die ihn zu Rechtszwecken gebrauchen und denen er seinen Dienst nicht verweigern darf; es ist ein officier ministeriel; er hat ein officium, welches sogar früher förmlich eine res in commercio war, und dieses officium ist dienstlich ministeriel, weil er es nicht weigern darf. Er steht allerdings unter öffentlicher Controle, er unterliegt der Disciplin der Gerichte; die von ihm in seinen Amtsattributionen ausgehenden Urkunden haben fides publica, er genießt bei Ausübung derselben einen höhern Schutz, ihm fehlt aber jedes imperium, er übt selbstständig keinen Theil der öffentlichen Gewalt aus.

soll, indem dieses, wie bemerkt, von dem ganzen Hergang gar keine Kunde hat, vielmehr auf Ersuchen desjenigen, der den huissier auffordert, die Zustellung zu machen. Auf diese Zustellung hin hat bei den ordentlichen Gerichten der Beklagte, bevor die Sache an das Gericht kömmt, einen Vertreter aus der Reihe derjenigen, die zu diesem Zwecke bei dem Gerichte, wohin er gerufen ist, fungiren, zu stellen, und nunmehr erfolgen zwischen den Partheivertretern, also zwischen diesen selbst, wechselseitige Mittheilungen, deren Zahl blos zum Zwecke der Gerichtstaxe vorgeschrieben ist, und immer haben wir noch keinen gerichtlichen Prozeß im eigentlichen Sinne, denn alles dieses geht hinter dem Gerichte vor, und ist nur Vorbereitung zu dem wahren gerichtlichen Prozeß. Wenn sich nunmehr die Partheien, auf diese Weise wechselseitig von ihren Mitteln im Allgemeinen instruirt haben, oder wenn die Fristen abgelaufen sind, die ihnen zu diesem Zwecke schon durch das Gesetz gegeben sind, dann wird auf Betreiben derjenigen Parthei, der es daran gelegen ist, eine richterliche Entscheidung zu erhalten, die Bestimmung eines Audienztages veranlaßt, an welchem die Sache vorgetragen werden soll. Diese Bestimmung, im Kunstausdruck Fixation, geschieht auf ordentlichem oder außerordentlichem Wege. Der ordentliche Weg besteht darin: die Sache wird unter ihrer allgemeinen Rubrik auf die Geschäftsrolle, die sich auf der Gerichtskanzlei befindet, getragen, aus derselben werden der Reihenfolge nach vom Gerichtspräsidenten von Zeit zu Zeit mehre Sachen gezogen und auf eine Liste gebracht mit Bestimmung des Tages, an welchem die Partheien zu erscheinen haben; diese Listen werden im gewöhnlichen

Audienzsaal zu aller Welt Kenntniß aufgehangen [69]). Der außerordentliche Weg dagegen ist der, daß in Sachen, die entweder schon an und für sich oder nach dem Dafürhalten der Parthei dringlich sind, dem Gerichtspräsidenten eine kurze Notiz überreicht wird, mit der Bitte um Fixation, die dann entweder erfolgen muß, oder erfolgen kann. In beiden Fällen findet ein nochmaliges Rufen des Gegners statt, mit der Unterscheidung, daß wo die Bestimmung des Audienztages auf ordentlichem Weg geschieht, die Bekanntmachung der Sitzungslisten als ein Rufen gilt, wogegen falls die Sache auf außerordentlichem Wege zur Fixation gelangt, die eine Parthei die andere durch eine einfache Zustellung, par simple acte, ruft. Das Handeln vor Gericht zerfällt in zwei Theile, wovon der eine wesentlich, der andere außerwesentlich ist; jenes betrifft die Antragstellung das posé des conclusions: jede Parthei hat ein förmliches Petitum mit sattsamer Motivirung schriftlich aufzusetzen, abzulesen, und dem Gerichte in der öffentlichen Audienz zu übergeben, und dieses muß geschehen durch den bestellten Procurator der Parthei. Diese Conclusionen bleiben bei Gericht, bilden einen Theil der Gerichtsacten, und liefern die schriftliche Grundlage zum mündlichen Verfahren. Dieses betrifft den mündlichen Vortrag, die weitere factische und rechtliche Begründung der schriftlichen Conclusion, und geschieht durch den Advocaten. Wo wie in den deutschen Rheinprovinzen beide Functionen

---

69) Decret vom 30. März 1808. Tit. I. sect. 3 u. 4. Tit. II. sect. 3 und 4.

immer vereinigt sind, fallen beide Gerichtshandlungen äußerlich zusammen; in Frankreich dürfen die Anwälte nur summarische Sachen und Incidentpunkte vortragen, in ordinären Sachen kann das Plädoyer nur durch den Advokaten stattfinden. Bei Sachen, die auf dem ordentlichen Wege zur Fixation kommen, finden die beiden Theile des eben beschriebenen gerichtlichen Handelns sogar an zwei verschiedenen Audienztagen statt; indem in der Regel die Conclusionen für alle Sachen, die auf die oben beschriebenen Listen getragen sind, an einem und demselben Tage genommen, und für den Vortrag der verschiedenen Sachen die folgenden Sitzungstage bestimmt werden, während bei den Sachen, die auf außerordentlichem Wege zum Vortrag kommen, die Praxis sich dahin bildete, daß jeder Anwalt vor Beginn seines Vortrags seine Conclusion nimmt [70]). Dieses posé des conclusions bildet die erste Handlung der Partheien vor Gericht, den zweiseitigen Akt, die narratio in judicio facta et contradictio opposita, welche zusammen mit dem darauf folgenden Acte der richterlichen Fixation die Litiscontestation des französischen Processes ausmacht [71]). Diese Kriegsbefestigung hat die wichtige Folge, daß über den Punkt, welcher Gegenstand der beiderseitigen Conclusionen war, in der Instanz, in welcher ge-

---

[70]) Es ist dieses nur Praxis, denn möglich ist es auch hier, vorerst beide Partheien anzuhalten, ihre Conclusionen zu hinterlegen und dann augenblicklich nacheinander vorzutragen; ein Verfahren, welches nicht ohne bedeutende praktische Folgen werden könnte.

[71]) Ordon. von 1667. tit. 14. art. 13. Art. 343. c. de proc. Kaiserliches Decret vom 30. März 1808 l. c.

handelt wurde, selbst, wenn an dem zum Vortrag bestimmten Tage eine Parthei nicht erscheint, auf den Grund der hinterlegten Anträge definitiv, contradictorisch entschieden wird; sogar ein Nichterscheinenkönnen, als Tod, Demission, oder Destitution des Anwalts, Tod, und Standesänderung der Partheien schadet nichts [72]). Erscheint sie nun trotz des

[72]) Code de proc. Art. 342. Es ist hier, um Mißverständnisse und falsche Anwendungen zu vermeiden, darauf aufmerksam zu machen, daß diese Folgen der von uns sogenannten Litiscontestation nur auf den Punkt zu beziehen ist, der im speziellen Falle Gegenstand der Conclusion war, nicht aber auf den ganzen Proceß, und zwar nicht nur, wenn ein sogenannter Incidentpunkt, deren es im französischen Processe unzählige giebt, abgeurtheilt wurde, als die Frage der Gültigkeit der Ladung, der Competenz, über eine dilatorische Einrede, über eine proceßhindernde Einrede — fin de non recevoir — über ein zu erkennendes Provisorium, sondern auch dann, wenn Conclusionen in der Hauptsache genommen waren, der Beklagte auf Abweisung der Klage, der Kläger auf Abweisung der Einrede concludirt hat und nunmehr ein Beweis verordnet wird, so wird auch die im Beweisverfahren natürlich entstehende Frage, ob der Beweis geführt sei oder nicht, als ein besonderer Punkt behandelt, und im Nichterscheinungsfall nur par defaut erkannt. — Merlin quest. de droit: mot opposition par defaut §. VI. N. 2. Dieser Grundsatz, der im französischen Proceßgesetzbuch nirgends deutlich ausgesprochen, ja noch nicht einmal in seiner Consequenz ausdrücklich angewendet ist, hat die bedenklichsten Folgen. So kann es eben so viele Contumacialverfahren geben, als es Proceßabschnitte giebt, bei welchen die Partheien vor Gericht zu erscheinen haben, eben so viele sogenannte Verbindungsurtheile — art. 153. c. de proc. *) — und es ist die Möglichkeit gegeben, wenn zwei oder mehrere Beklagte vorhanden sind, einen

*) Art. 152. Si des deux ou des plusieurs parties assignés l'une fait defaut et l'autre comparait, le profit du defaut sera joint et le jugement de jonction sera signifié a la partie defaillante par un huissier commis.

Rufens durch die affichirte Liste, oder des speziellen Rufens durch einfachen Akt nicht, so wird dieselbe, welche Scripturen sie auch in der Sache schon hat mittheilen lassen, und wenn sie auch alle ihre Mittel erschöpft hat, als nicht erscheinend, als ausbleibend behandelt, und es ergeht jetzt, in welchem Stadium der Rechtsstreit sich auch befinde, ein Urtheil auf Ausbleiben, jugement par defaut. Bleibt der Beklagte aus, so kann der Kläger Nichterscheinungsbescheid nehmen, und es werden ihm die Anträge zugesprochen, wenn sie in jure und in facto richtig befunden werden [73]; bleibt der Kläger aus, so muß der Beklagte

Proceß ins Unendliche hinaus zu ziehen, und in einer Reihe von Jahren zu keiner Entscheidung in der Hauptsache zu kommen. Die verschiedenen außergerichtlichen Handlungen der Partheien unter sich und deren Erscheinen und Handeln vor Gericht bilden auch im französischen Rechte in manchen Lehren eine untheilbare Einheit; aber auf der anderen Seite kann auch nicht geleugnet werden, daß durch den Mangel der Eventualmaxime, ein jedes Erscheinen vor Gericht verbunden mit Antragstellung, Vortrag und des darauf ergehenden Urtheils einen Proceß im Processe, eine Comödie in der Comödie bildet, und durch einen geschickten Tausend und eine Nacht-Erzähler läßt sich mittels Einschaltung von Episoden in Episoden der Proceßfaden in's Unendliche hinausspinnen. Es wäre vielleicht besser gewesen, wenn der Cassationshof zu Paris die oben angedeutete Ansicht nicht angenommen, vielmehr festgestellt hätte, daß sobald einmal Conclusionen in der Hauptsache genommen sind, der Proceß bis zum Ende ein definitiv abzuurtheilender contradictorischer bleibe, was auch mit dem römisch-justinianischen Proceß, mit welchem der französische so viel Aehnlichkeit hat, mehr übereinzustimmen scheint.

[73]) Der Code de procedure handelt von den Ausbleibungsurtheilen Art. 149 — 165 und unterstellt den Fall, daß gleich von vornen herein beim Beginn des Rechtsstreits keine Erscheinung und

ihn auffordern, in einer zu bestimmenden Sitzung zu erscheinen; erscheint er nicht, so wird nach der Sachlage entweder eine Absolution von der Instanz, oder gar eine Abweisung der Klage ausgesprochen werden können, jenes, wenn die Klage sich nicht schon in ihrer ganzen Construction als unbegründet oder unzulässig dargestellt, und die Sache noch keine weitere Instruction erhalten hat, dieses, wenn der Beklagte durch die stattgehabte Instruction schon die Grundlosigkeit der Klage nachgewiesen hat [74]).

Vertretung stattfindet, oder daß der Vertreter nicht erscheint; es ist aber keinem Zweifel unterzogen, daß ähnliche Grundsätze auch bei einem Nichterscheinen im Laufe des Verfahrens eintreten.

[74]) Dieser Punkt gehört zu den bestrittensten. Während *Merlin* quest. de droit m. defaut §. I. bis N. II. die Ansicht ausspricht, daß im Falle des Nichterscheinens des Klägers nach dem Grundsatze actore non probante reus absolvitur eine Abweisung der Klage ausgesprochen werden soll, so daß der Kläger sein Klagerecht verliert, behauptet *Boncenne*, Theorie de la procedure civile, Tom 2. pag. 5. (Brüsseler Ausgabe), daß nur eine Absolution von der Instanz auszusprechen sei, der Kläger sohin die Klage wieder erneuern könne. Ob nicht auch nur eine Absolution von der Instanz eintreten könne, darüber ist die Ansicht von Merlin nicht klar. Zur Lösung des Zweifels verlassen uns alle historischen Anhaltspunkte, wenn überhaupt, nachdem der Gesetzgeber im Artikel 1041 c. d. proc. *) alle seine Schiffe verbrannt, und sich auf den unsichern Boden eines neuen Gesetzes mit Wegwerfung eines jeden Compasses begeben hat, diese historischen Momente noch einen Werth haben. Die Ordonnanz von 1667, Tit. XIV. Art. 4, sagt: Sinon sera donné defaut ou congé au comparant, qui sera jugé sur le champ et pour le profit *le defendeur sera renvoyé absous*, ou si c'est le demandeur ses conclusions seront adjugés, si elles sont trouvées justes

*) Toutes lois, coutumes, usages et reglements relatifs à la procedure civile seront abrogés.

Indessen ist es mit diesen auf Ausbleiben ergangenen Urtheilen noch nicht geschehen, vielmehr bleibt jedenfalls dem

---

et bien verifiées. Aber selbst in diesem Ausdruck liegt eine Zweideutigkeit, indem die Absolution sowohl ab instantia als a tota causa gemeint sein kann. Die beiden hier einschlagenden Artikel des Code de procedure civile bieten noch einen eigenthümlichern Contrast dar. Die Artikel, welche, wie gewöhnlich angenommen wird, vom Ausbleibungsfall des Beklagten sprechen, lauten:

> Art. 149. Si le defendeur ne constitue pas avoué, ou si l'avoué constitué ne se presente pas au jour indiqué pour l'audience, il sera donné defaut.
> Art. 150. Le defaut sera prononcé à l'audience*). sur l'appel de la cause et les conclusions de la partie, qui le requiert, seront adjugées si elles se trouvent justes et bien verifiées.

Der Artikel 154, welcher vom Ausbleiben des Klägers spricht, lautet aber:

> Art. 154. Le defendeur, qui aura constitué avoué, pourra sans avoir fourni des defenses suivre l'audience par un seul acte, et prendre defaut contre le demandeur qui ne comparait pas.

Die Artikel 150 und 151 geben für den Inhalt des auf Ausbleiben zu erlassenden Urtheils einen doppelten Zweck an, dasselbe soll erstens das Nichterscheinen constatiren, sodann soll es die genommenen Anträge der erschienenen Parthei prüfen, und darüber nach Sachlage erkennen. Der Artikel 154. spricht nur von der Beurkundung des Ausbleibens, sagt aber durchaus nicht, welches Präjudiz mit diesem Ausbleiben verknüpft werden soll. Es ist diese Auslassung um

*) Sera prononcé a l'audience. Es soll hier die Abschaffung der durch Ordonnanz consacrirten Procedur angedeutet werden, nach welcher jede Parthei bei ihrem Erscheinen sich auf der Gerichtskanzlei präsentiren mußte, worüber ein Protocoll aufgenommen, und wenn Jemand nicht erschien, von der Kanzlei ein negatives Zeugniß über den Mangel der Präsentation ausgestellt wurde.

verurtheilten Beklagten, nach unsrer Ansicht aber auch dem Kläger der mit seiner Klage abgewiesen ist, noch das

---

so auffallender, als anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber die entsprechende Stelle der Ordonanz vor Augen hatte, und dort ausdrücklich gesagt ist: et pour le profit il sera renvoyé absous. Es bleibt uns, um diese Lücke auszufüllen, die Wahl, entweder anzunehmen, der Gesetzgeber hat es dem Ermessen des Richters überlassen, das Präjudiz nach Lage der Sache auszusprechen, oder den Artikel 154 aus dem Artikel 150 zu ergänzen, der ganz allgemein sagt: les conclusions de la partie, qui le requiert. Beides führt zu der im Texte angedeuteten Ansicht. Nur auf diese Weise gelangen wir zu einer in der Regel anzunehmenden Rechtsgleichheit unter den Partheien. Es wäre übrigens unbegreiflich, wie der Richter eine Klage abweisen könnte, wenn in den vom Beklagten mitgetheilten Vertheidigungsmitteln das unumwundenste Geständniß des Klagefactums liegt, und derselbe sein Heil nur in einer grundlosen Rechtsdeduction, oder in einer unerwiesenen Einrede sucht. Wenn sich in einem solchen Falle das Rechtsgefühl schon empört, dem Kläger sein Klagerecht ohne weiteres zu nehmen, und höchstens eine Absolution von der Instanz erwirkt werden kann, so liegt hierin der Beweis gegen jede absolute Theorie. Daß der gegenwärtige Beklagte auch dem abwesenden Kläger verurtheilt werden könne, muß aber selbst nach dieser Ansicht verneint werden. Ehe die Conclusionen bei Gericht hinterlegt sind, ist diesem kein Klageantrag gestellt, das Vorverfahren ist, wie bemerkt, ein außergerichtliches blos zur Instruction der Partheien, daher nach dem Grundsatze nemo judex sine actore auch nichts zum Vortheil des Klägers geschehen kann. *)

Merkwürdig ist es, daß Merlin und Boncenne auf den Grund des Frag. 73, de jud. die Ansicht äußern, daß nach römischen

*) Noch weiter geht Chambon les lois sur la proc. civile ad art. 150. N. 617. der sogar die Möglichkeit, daß der Kläger in absentia gewinne, behauptet, was jedoch weder mit dem Texte des Artikels 150. noch mit dem Geiste des französischen Processes übereinstimmt.

Mittel des einfachen Einspruches offen, wodurch er eine nochmalige Prüfung der Sache veranlassen, und alle seine

---

Proceßgesetzen der Beklagte im Falle der Kläger den Proceß liegen läßt, nur eine Absolution von der Instanz erlangen konnte, während die const. 13. § 2. im Falle wo der Kläger nach geschehener Litiscontestation den Proceß nicht betreibt, das Verfahren, welches der Beklagte einzuhalten hat, so deutlich wie sachgemäß vorschreibt: et si quidem pars actoris cessaverit, quatenus multiplici delatione reus fatigetur et triennii metae post litem contestatam jam prope finem veniant, ut semestre tempus tantum ei supersit, licencia erit judici per executores negotii actorem requirere, parte fugiente ex una parte actoris absentiam incusante et judicibus omnimodo suas aures hujusmodi questionibus reserantibus. Et si per tres vices hoc fuerit subsecutum, decem dierum spaitum per unumquemque introitum destinato, et nec ita pars actoris fuerit inventa, et neque per se neque per procuratorem instructum pervenerit, tunc judicem negotii acta apud se confecta conspicere censemus. Et si quidem nihil sufficiens actitatum et ex quo possit termino causae certa fieri conjectura volumus non solum partem fugientem ab observatione judicii relaxare, sed etiam in omnes expensas . . . eum condemnare . . . . sin autem ex gestis apud se habitis, parte actoris minime inventa possit invenire viam, qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit etiam absente actore, si eum moliorem causam habere perspexerit pro eo ferre sententiam non moretur etc. etc. Die Novelle 112 c. 3. gestattet indessen dem Beklagten, auch wenn noch keine Litiscontestation statt gefunden hat, die einseitige Fortsetzung des Processes. Freilich verlangen diese Gesetze, daß der Beklagte sowohl um Absolution von der Instanz zu erhalten, so wie um es zu einer förmlichen Klageabweisung zu bringen, den Kläger vorlade, während das angezogene Frag. 73. von den Folgen spricht, welche die Ladung des Klägers hat, wenn der Beklagte allein erscheint, der Art. 154 verlangt aber auch wirklich die Ladung des Klägers ehe der Beklagte voranschreiten kann. Daß dem Gesetzgeber die römische Procedur vorschwebte, resultirt aus dem Ausdruck *par un seul acte*, also eine dreifache Ladung ist nicht erfodert.

Mittel vorbringen kann, ohne daß er es nur nöthig hätte, einen Grund anzugeben, warum er in der ersten Sitzung nicht erschienen sei, so daß es als ein Recht gilt, einmal nicht zu erscheinen. Dieses Rechtsmittel ist nicht devolutiv aber suspensiv; hebt zwar das auf Ausbleiben ergangene Urtheil nicht schon von selbst auf; Wirkung kann es aber nur dann äußern, wenn ein späteres Urtheil den Einspruch abweißt. Endigt der Rechtsstreit anders als durch ein solches Urtheil, etwa durch Abstand des Klägers, oder durch Peremtion der Instanz, mors litis, dann fällt auch dieses Urtheil zusammen; wird aber der Einspruch abgewiesen, dann wirkt dasselbe vom Augenblicke seines Erlasses an [75]).

Nach dieser Skizzirung der Art des Ausbleibens einer Parthei müssen wir uns zum Gegenstande unserer Abhandlung wenden, nämlich zum Kostenpunkt. Daß, wenn der Einwand abgewiesen wird, und das ergangene Urtheil seine suspendirte Wirkung wieder erhält, nunmehr der Opponent sämmtliche Kosten zu zahlen hat, kann im Allgemeinen keinem Zweifel unterzogen werden; wie aber, wenn der Opponent, setzen wir, der Beklagte, siegt, die Klage abgewiesen wird, muß er nichtsdestoweniger die Kosten des Ausbleibungsurtheils bezahlen? Diese Frage ist unter den französischen Juristen sehr bestritten, und auch Urtheile der Appellhöfe finden sich in bejahendem und ver-

[75]) Das Rechtsmittel des Einspruchs suspendirt daher die Kraft des auf Nichterscheinen erlassenen, unter der Suspensivbedingung, wenn der Einspruch abgewiesen wird, wogegen die Appellation suspendirt unter der Resolutivbedingung, wenn die Appellation angenommen wird; kommt es daher zu keinem Urtheil in der Appellation wegen Abstand oder Instanzperemption, so wird das angegriffene Urtheil rechtskräftig.

neinendem Sinne vor [76]). Das römische Rechtssystem war hier einfach und durchgreifend, es hielt selbst den nicht erscheinenden Sieger zu den Kosten an, es sah in jedem Nichterscheinen, selbst wenn der Kläger dem Gerichte schon Mittel genug geliefert hatte, daß es ihm seine Anträge zusprechen mußte, post narrationem in judicio factam et contradictionem oppositam, eine Verletzung des Richteramts eine contumacia, und setzte sohin darauf die Strafe des Kostenersatzes. Dieser Gesichtspunkt ist dem französischen Rechte fremd, nirgends ist uns gesagt, daß wenn nach dem posé des conclusions, also nach der Litiscontestation des französischen Rechts der Ausbleibende gewinnt, er in die Kosten zu verurtheilen sei, weil er der richterlichen Fixation nicht folgte. Die Einleitung des Rechtsstreites geschieht privata auctoritate, unser Proceß ist dem judicium extraordinarium der Römer nicht nachgebildet, der code de procedure kennt in dieser Lehre den Ausdruck contumax gar nicht [77]); aus einer allgemeinen formellen Verbindlichkeit auf das Anrufen eines jeden Privaten bei Gericht zu erscheinen, läßt sich daher nichts argumentiren; gewinnt daher der Beklagte auf Nichterscheinen seinen Proceß, so hat er dem Kläger keine Kosten zu ersetzen, ja der Kläger kann sogar, wenn dem Beklagten schon Kosten entstanden sind, in dieselben verurtheilt werden, wenigstens ist eine gesetzliche Ausnahme von der gleich zu beleuchtenden allgemeinen Regel: toute partie qui succombe, sera

---

[76]) *Bioche,* Dictionnaire de proc. civile et commerciale, mot depens, No. 85.

[77]) Anders im code d'instruction criminelle, der einen Titel des contumaces hat.

condamnée aux depens, für den Ausbleibungsfall, wenn der erscheinende Kläger schon als solcher verliert, nirgends ausgesprochen. Vollständig war zwar das römische Recht auch unter der Herrschaft der Ordonnanz nicht angenommen; indessen galt damals das römische Recht immer noch als ein quasi-subsidiarisches Recht; es hatte sich in dem Sinne im Gebrauch erhalten, daß der Opponent vor Allem die Contumacialkosten zu ersetzen hatte, wie dieses alle Proceßlehrer bezeugen; es lag sohin in dieser theilweisen Geltung der römischen Gesetzgebung schon von selbst der Satz ausgesprochen, daß, was auch das Schicksal der Opposition sei, der Ausgebliebene immer die Kosten zu entrichten hatte. Die Ordonnanz handelt an drei verschiedenen Orten von dem Ausbleibungsverfahren [78]), und in den beiden ersten allgemeinen Titeln, der letztere handelt vom Verfahren bei den höheren Gerichten, ist für den Ausbleibungsfall speciell herausgehoben, les conclusions seront adjugées, avec *depens*, es entscheidet auch noch die Analogie des Art. VI. des XI. Titels [79]). Der code de procedure hat den Ausdruck avec depens in seinen Artikel 150. nicht aufgenommen; es findet sich für die Kostencondemnation im Ausbleibungsfall kein besonderer gesetzlicher Text.

In dieser Lage, wo den Interpreten Gesetz und ge-

---

[78]) Tit. V. art. III. Des congés et defauts. Tit. XI. art. V. Des delais et procedures. Tit. XIV. art. IV. Des contestations en cause.

[79]) Si avant le jugement des defauts, le Defenseur constitue procureur et fournit des defenses avec copie des pieces justificatives sur le principal; les parties se pourvoiront a l'audience et neanmoins les depens du defaut seront acquis au demandeur.

schichtliche Momente verlassen, sind es denn in der Regel Distinctionen, welche dem Zweifel ein Ende machen sollen, und wir führen hier vorzüglich einen deutschen Practiker und Gelehrten an, welcher bei einer Literatur, die nur Casuistik bietet ohne irgend ein tieferes theoretisches Eingehen, für den Civilproceß viel Anerkennenswerthes geleistet hat, wir meinen Schlink, Appelationsgerichtsrath in Cöln. Derselbe läßt sich über unsere Frage in seinem Werke über den französischen Proceß folgender Art aus [80]): „Nach unserer Ansicht muß es mit den Kosten des defaut also gehalten werden; 1) greift der Opponent die ihm zugestellte Ladung als nichtig an, oder weiset er nach, daß das defaut voreilig erlassen worden sei, so muß der Opposit zu den dieserhalb ergangenen Kosten verurtheilt werden, weil der Opponent auf eine nichtige Ladung nicht vor Gericht zu erscheinen brauchte, (quod nullum est, nullum producit effectum) und der Opposit vor dem Verfalltage kein Defaut nehmen durfte; 2) ist dagegen die Ladung regelmäßig und die Erscheinungsfrist abgelaufen, so hat der Opponent durch sein Ausbleiben die Kosten veranlaßt, und er muß dieselben daher auch alsdann tragen, wenn er später obsiegt."

Wir abstrahiren von dem Falle, wo das Ausbleibungsurtheil genommen wurde, als die Fristen noch nicht abgelaufen waren, so wie etwa von demjenigen, wo die Ladung dem Beklagten gar nicht zugestellt wurde, wo sohin gar keine Ladung vorhanden war. Diese und ähnliche Fälle geben zu einem Incidentpunkt Veranlassung,

---

[80]) Schlink, Commentar über die französische Civilproceßordnung, II. Band, S. 496.

ob formell ein Ausbleiben statt hat, und hier werden wir noch weiter als Schlink gehen müssen, und den Oppositen als in diesem Punkte succumbirend in die Kosten selbst dem Opponenten gegenüber verurtheilen. Abgesehen daher von diesen gewiß äußerst seltenen Fällen können wir uns weder seiner Verneinung noch seiner Bejahung anschließen. Wenn er im Falle einer nichtigen Ladung den Opponenten auf den Grund quod nullum est, nullum producit effectum von den Kosten relaxirt, so scheint er den Grundsatz des französischen Civil- und Prozeßrechtes außer Augen gelassen zu haben, les voies de nullité n'ont-pas lieu en France. Jede Nichtigkeit, wenn nicht das Wesen der Sache ganz aufgehoben ist, muß nach französischem Rechte bei Gericht geltend gemacht, und vom Richter ausgesprochen werden. Nichtigkeiten der Ladungen realisiren sich so wenig ipso jure, als dieselben sogar vor allen anderen Vertheidigungsmitteln vorgebracht werden müssen, ansonsten sie gedeckt sind.

Es wäre übrigens ganz eigenthümlich, wenn ein Beklagter, dem eine Ladung über einen anscheinend begründeten Rechtsanspruch zugestellt wurde, wobei aber der Gerichtsbote ein Jota aus seinem Formelkram verabsäumt hätte, nicht zu erscheinen hätte, derselbe aber erscheinen müßte, wenn man etwa eine Paternitätsklage bei unehelicher Zeugung, eine Klage aus einer Spielschuld, eine Klage auf Abschließung einer Ehe gegen ihn erhebe, oder ihn vor einen sachlich incompetenten Richter rufe. Auf der andern Seite finden wir die Frage mit der Frage beantwortet. Der Opponent hat, sagt Schlink, durch sein Ausbleiben die Kosten veranlaßt; das ist aber unrichtig, der Opposit hat sie ver-

anlaßt, der eine Klage anstellte, wo er kein Klagerecht hatte. Man müßte im französischen Rechte erst den formellen Satz nachweisen, daß jeder, der vor Gericht gerufen wird, dort erscheinen müsse, dann, aber auch nur dann, hätten wir einen formellen Anhaltspunkt für die Kostencondemnation, dann aber wäre auch Sieg oder Niederlage gleich. Dieser Satz würde eben ausgesprochen sein, wenn das Gesetz jeden Ausbleibenden in die Kosten verurtheilte zur Strafe seines Ausbleibens. Ganz consequent bestimmt der code d'instruction criminelle, daß in Sachen, die vor das tribunal de police correctionelle gehören, der Nichterscheinende, wenn er auch in seinem Einwande obsiegt, die Contumacialkosten zu entrichten habe [81]), indem Niemand bestreiten wird, daß da, wo es sich von einem Vergehen gegen die öffentliche Ordnung handelt, jeder Geladene erscheinen muß; dasselbe im Civilprocesse anzunehmen, dafür scheint es nicht nur keinen Grund zu geben, sondern es möchte gerade mit dem System des französischen Rechtes über die Kosten nicht in Einklang stehen. Im System des römischen Rechtes haben wir den Gesichtspunkt aufgestellt, daß, wenn auch das vom Richter ausgesprochene Recht nothwendig, da wo es sich um die Feststellung von dessen Folgen für Vergangenheit und Zukunft handelt, als ein präexistirendes behandelt werden muß, nichts desto weniger

---

[81]) Art. 187. La condamnation par defaut sera *comme non avenue* si ... celui ci (le prevenu) forme opposition ... neanmoins les frais de l'expedition, de la signification du jugement par defaut de l'opposition demeureront à la charge du prevenu. Hier suspendirte die Opposition die Wirkung des Urtheils nicht, sondern sie hebt das Urtheil auf.

man die Augen der Wahrheit verschließen müßte, wollte man nicht einsehen, daß das Recht für das Leben, wo es die Staatsbürger nicht freiwillig anerkennen, erst durch den Richterspruch entsteht. Dieser Satz allein giebt schon den Schlüssel zur Theorie der Ersatzverbindlichkeit der Proceßkosten, und begründet auch die Verbindlichkeit für jeden Staatsbürger, das Seinige zur Ermöglichung des Rechtsstaates beizutragen, daher bei Gericht zu erscheinen, wo erst das Recht geschaffen wird. Das französische Recht will aber, daß jeder, der unterliegt, in die Kosten verurtheilt werde; es behandelt daher, wider alle Gerechtigkeit und mit Verleugnung aller Erfahrung, jeden Verlierenden als einen frivolen Litiganten. Wie soll aber derjenige, der sich ein offenbares Unrecht vornimmt, ein Recht haben, mich zu nöthigen, ihn auf seinem unrechten Wege zu begleiten? Schlink und mit ihm alle Vertheidiger seiner Ansicht sagen zwar, der Opponent habe die Kosten durch sein Ausbleiben veranlaßt; das ist aber offenbar unrichtig, wer eine unbegründete Klage erhebt, der veranlaßt sämmtliche Kosten, und wenn der Beklagte nicht erscheint, so kann er sich gratuliren, daß er nicht auch diesem noch seine Kosten zu ersetzen hat, und treibt er die Sache noch weiter, hebt ein Ausbleibungsurtheil, und sucht den Gegner einzuschüchtern, so ist er nur noch strafbarer; das Beharren in der Verfolgung eines Unrechtes giebt kein Recht, und kann am wenigsten dem, gegen den das Unrecht vollführt werden soll, in einen Nachtheil stürzen. Wir möchten uns also zu der Ansicht bekennen, die dahin geht, daß der Succumbent alle Kosten, also auch die auf Ausbleiben ergangenen zu tragen hat. Als adminiculirend können wir noch anführen, daß nach ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften während der

regelmäßigen Oppositionsfrist, ein auf Ausbleiben ergangenes Urtheil nicht vollzogen werden darf [82]), und die Execution, so lange die Opposition anhängig ist, unbedingt suspendirt ist [83]), ohne daß gesagt wäre, daß für die Kosten, die durch das Ausbleiben entstanden sind, die Execution fortgesetzt werden dürfte, was aber der Fall sein müßte, wenn in dieser Beziehung das Urtheil unabänderlich wäre. Eben darum findet sich in den Artikeln, welche von den Defauturtheilen handeln, abweichend von der Ordonnanz, keine speziellen Verfügungen über die Kosten, weil auch hier nur allgemeine Grundsätze gelten.

II. Kosten des verzögerten Processes. Ueber solche Kosten giebt es im französischen Processe gewisse spezielle Verfügungen, die sich besser bei Gelegenheit der Lehre von den Kosten des verlorenen Processes vortragen lassen. Im Allgemeinen ist nur Folgendes zu bemerken. Der Proceß kann verschleppt werden durch eine muthwillige Häufung von Incidentpunkten, wozu es im französischen Proceß, der bei Gericht nur stückweise abgethan wird, so oft die eine oder die andre Parthei demselben einen Rechts- oder Procedurpunkt zur Entscheidung vorlegt, leider nur zu viele Gelegenheit giebt. Wer in diesen Incidentpunkten unterliegt, selbst wenn er in der Hauptsache Sieger ist, wird als victus behandelt, und hat die dadurch entstandenen Kosten zu bezahlen. Da diese Episoden nach dem Geiste dieses Pro-

---

[82]) Art. 155. C. de proc. Les jugements par defaut ne seront exécutés avant l'echéance de la huitaine de la signification à avoué etc.

[83]) Art. 159. de proc. L'opposition formée dans les delais ci-dessus et dans les formes ci-après prescrites, suspend l'exécution etc.

cesses selbstständige summarische Processe bilden, kann auch von keinem Vorbehalten der Kosten die Rede sein, vielmehr muß mit der Abweisung des Incidentpunktes augenblicklich die Condemnation erfolgen [84]).

§. 4.

Wir kommen nunmehr zu der Lehre von den Kosten des verlorenen Processes.

1) Die erste allgemeine gesetzliche Disposition über die Verurtheilung des Unterliegenden in die Proceßkosten rührt von Carl IV. her, und lautet in ihrem disponirenden Theil ganz allgemein,

> sancimus, ut in omnibus et singulis nostris ... curiis victus victori in expensis causarum de cetero condamnetur, ad *integram* [85]) earum refusionem, taxatione judicis et

---

[84]) Der Code de proc. enthält über das im Texte Gesagte keine eigene Verfügung, wohl aber die Ordonnanz Tit. XXXI. Art. 3. si dans le cours du procès, il survient quelque incident, qui soit jugé definitivement les depens en seront pareillement adjugés. Der weitere Verlauf des Rechtsstreites kann einen weitern Einfluß auf diese Kostencondemnation nicht haben, sohin auch nicht der Abstand des Klägers, oder die Proceßperemption, wenn auch durch Letztere selbst der Vortheil den das Urtheil, welches über den Incidentpunkt entschied, für den Gewinnenden hatte, verschwindet, z. B. die Partheien haben über die Zulässigkeit eines Beweismittels in der Form eines Incidentpunktes gestritten. Dasselbe würde von den Kosten des defaut gelten, wenn man annimmt, daß der Ausgebliebene die desfallsigen Kosten immer zu tragen hätte, was auch das Resultat der Hauptsache wäre.

[85]) Bis dahin war die alte decima litis die Strafe des judicium calumniae in Gebrauch. cf. ordonn. des roys de France de la troisième race. I. Vol. p. 784.

juramento victoris praecedente, debite compellendus, praemissa nonobstante consuetudine, quam corruptelam potius reputantes .... tenore presentium abolemus.

Wenn auch hier der Satz mit aller Rücksichtslosigkeit ausgesprochen ist, so zeigen die einleitenden Worte, die mit solcher Energie den frivolen Streiter bezeichnen, daß kein Zweifel darüber obwalten kann, daß die Ordonnanz offenbar das römische Recht copirt, daß sie auch nur diesen treffen wollte [86]).

Eine Ordonnanz von Carl VIII. von 1493 wiederholt dieselbe Vorschrift, und immer scheint das Rechtsgefühl über den starren Buchstaben den Sieg davon getragen zu haben. Den Beweis dafür finden wir in der Ordonnanz von 1667. Tit. XXXI. §. 1. Diese sagt:

Toute partie soit principale ou intervenante, même aux renvois declinatoires, evocations ou reglements de juges sera coudamnée aux depens indefiniment nonobstant la proximité, ou autre qualités des parties, *sans que sous pretexte d'équité, partage d'avis, ou pour quelque autre cause que ce soit* elle

---

[86]) Die Ordonnanz sagt: Sane cum hactenus ab olim in multis regni Franciae partibus consuetum fuit, expensas inter litigantes, coram saecularibus judicibus *) ex quo multi *suae salutis* prodigi, pacis aemuli *exultantes in rebus pessimis,* uni cum se ipsos praecipitabant gaudentes, si se cum iis in praecipitium detrahebant, alios frequenter provocabant *temere,* et interdum juste vocati ad judicium se *improbe* defendebant.

*) Bei den geistlichen Gerichten kam das in's canonische Recht übergegangene römische Recht zur Anwendung.

en puisse être dechargée. Defendons a nos cours de parlement ... de prononcer par hors de cour sans depens.

Trotz dieser nunmehr expliciten gesetzlichen Verfügung traten aus Gründen der Billigkeit Kostencompensationen ein [87]). Der heute in Frankreich geltende Proceßcodex enthält die Grundzüge unserer Lehre, so weit wir dieselben zum Gegenstande unserer Betrachtung machen, in folgenden Artikeln:

Art. 130. Toute partie, qui succombera sera condamnée aux depens.

Art. 131. Pourront neanmoins les depens être

---

[87]) Jousse sagt zu diesem Artikel: Cette disposition n'ôte pas aux juges la faculté de compenser les depens, lorsque la raison et l'equité l'exigent, comme dans le cas, dont on a parlé cidessus, et dans les autres circonstances particulières qui peuvent se presenter; *par exemple*, quand il y a pareille temerité et mauvaise foi de la part de deux parties.

Bornier ist noch viel ungenirter. Neanmoins il y a certains procès dans lequel il sembleroit y avoir trop de rigeur de ne par relâcher de cette condemnation comme lorsqu'il y a divers points ou diverses questions, et qu'on perd les uns et gagne en partie, ratione mutuae victoriae; si le different, qui est entre les parties est si douteux ou problematique, que chacun semble avoir eu raison de plaider. Zur Unterstützung dieses Satzes führt dieser Schriftsteller die einschlägigen römischen Rechtsstellen an, und um sein Gewissen zu beschwichtigen, fügt er hinzu: et cette compensation ne choque point la nouvelle ordonnance, par la raison, *que qui compense, paye*; das heißt sich leicht beruhigen. Bescheidner greift die Sache Pothier, procedure civile. Tom. 6. v. 85. édition *Dupin*, Brüsseler Ausgabe. Auch er sagt cette disposition n'est point suivie a la rigueur, car si elle étoit suivie, on ne pourroit compenser les depens, fügt aber hinzu, daß der Gerichtsgebrauch nur den Fall der mutua victoria als Compensationsgrund angenommen habe.

compensés en tout ou en partie entre conjoints, ascendants, descendants frères et soeurs, ou alliés au même dègré; les juges pourront aussi compenser en tout ou en partie si les parties succombent respectivement sur quelques chefs.

2) Ueber den Rechtsgrund, welcher dem Grundsatze der neuen Gesetzgebung zur Basis dient, geben uns die Discussionen im Staatsrath so wenig wie die Verhandlungen im Tribunat oder im gesetzgebenden Körper Aufschluß. Man wollte im Artikel 130. im Allgemeinen die schon lange herrschenden Rechtsgrundsätze sanctioniren, so wie man im Art. 131. theils den frühern Gerichtsgebrauch codificirte, theils einen Compensationsgrund, worüber sich die Schriftsteller stritten, den man auf römische Rechtsstellen zu stützen suchte [88]), den aber die Ordonnanz ausdrücklich ausschloß, wieder zur Ehre brachte; jenes im Falle der mutua victoria, dieses wenn nahe Verwandten streiten. Darüber ist man einig, daß nicht aus demselben Rechtsgrunde, aus welchem Hauptsache und Früchte und Zinsen gefordert werden, auch die Kosten geschuldet werden. Eine solche Annahme, an und für sich unbegründet, würde zu Resultaten führen, die Niemand anerkennt; es würden die Kosten, welche bei Gelegenheit eines Rechtsstreites aus einer Handelsschuld entstehen, dieselbe privilegirte Execution haben, wie die Hauptsache und die übrigen Accessorien, es würden unbedingt Solidarverbundene für die Hauptsache auch solidarisch für die

---

[88]) Weber l. c. §. 13. und die dort angeführte Literatur. *Temmen* l. c. Cap. IX. Sect. 1. N. 1—3., die Stellen aus dem römischen Rechte sollen sein Frag. penult. D. de jure dotium, Frag. 22 prac. de re judicata.

Kosten sein, es würden Schuldner, die nur noch Kosten aus einer Forderung schulden, welche die Güterabtretungen nicht zulassen, nicht einmal zur Rechtswohlthat der Cessio bonorum kommen u. s. w. Wenn daher auch im Falle, wo conventionelle oder legale Sicherheitsmittel zu einem Obligationsverhältniß treten, man durch Interpretation diese Sicherheitsmittel auch für die ex novo fundamento entstehende Obligation der zu zahlenden Proceßkosten als eventuell mit verwilligt annimmt, so hört immerhin die Verbindlichkeit, Proceßkosten zu ersetzen, nicht auf, ein selbstständiges Obligationsmoment zu haben. Der Grund unseres Gesetzes ließe sich aus zwei extremen Unterstellungen erklären, aus einer absoluten Rechtsunsicherheit, oder einer absoluten Rechtssicherheit. Nach der ersten Unterstellung würde jeder Rechtsstreit sich als Wette, und jedes Endurtheil als den glücklichen Schicksalswurf für den Gewinnenden darstellen; der Einsatz der Wette wäre nicht nur das Object des Streites selbst, sondern auch der Aufwand, den es erfordert, den Orakelsspruch zu erfahren; das Recht muß schon auf einige Sicherheit Anspruch machen können, wenn man am Schlusse des Rechtstreites es dem Richter überlassen will zu entscheiden, in wie fern der Unterliegende wider besseres Wissen gestritten hat. Es ließe sich dieser Gesichtspunkt sogar historisch an die Gottesurtheile und den gerichtlichen Zweikampf knüpfen, und selbst dem ältern und mittlern römischen Rechte sind solche bald nach strengem Rechte angeordnete, bald durch prätorische Stipulationen zu erzwingende Wetten, leges actio sacramenti und sponsiones poenales, auf den Gewinn und Verlust des Processes nicht fremd [89]. Der Rechtsgrund der Kostencondemnation würde daher in dieser Hypothese in einem sub-

intellegirten Wettvertrag liegen. Wenn das heutige Recht sich daher ohne alle Einmischung neurömischer Ansichten aus germanischen Grundsätzen entwickelt hätte, so würden wir wenig Anstand nehmen, diesem Gesichtspunkte, der wahrer ist, als er scheint, praktische Geltung zu geben. Ein solches zu thun, leidet aber die ganze historische Entwickelung der Lehre vom Kostenersatze nicht. Man hat nur von Karl IV. an bis zur Publication des c. de proc. Gesetzgebung und Schriftsteller zu berathen, und man findet überall die Idee des temerarium litigium vorherrschend, und in die Praxis eingreifend. Die andre Unterstellung würde natürlich Jeden, der unterliegt, als einen frivolen Streiter darstellen, der sich wider besseres Wissen und Gewissen Unrecht bei Gericht durchzusetzen vornahm. Man müßte aber, ein solches zu behaupten, alle Erfahrung Lüge-strafen. Die neue Gesetzgebung strotzt von Controversen; es ist gar nichts Seltenes, daß der Cassationshof zu Paris seine Meinung ändert, man hat Fälle in der Gesetzgebung vorgesehen und erlebt, in welchen nach einer zweimaligen Cassation, sohin nach einer viermaligen Prüfung des höchsten Gerichtshofs des Landes bei der Frage über die Zulassung einer contradictorischen Verhandlung über das Rechtsmittel, und nach gepflogener zweiseitiger Partheiverhandlung, nicht desto weniger das Gericht, an welches die Sache zur Urtheilsfällung in der Hauptsache verwiesen wurde, die zweimal cassirte Ansicht wieder annahm und seinem Urtheile unterlegte; wer kann hier von einem frivolen Streiten sprechen, wenn dem Unterliegenden solche Autoritäten zur Seite stehen? Soll er dennoch, um mit den römischen Juristen zu sprechen, sein

---

**) Puchta Institutionen II. Bd. §. 157 g. 168, 169.

Recht unvertheidigt lassen? Wir haben daher im französischen Rechte wieder dieselbe Frage entstehen sehen: ist die Kostencondemnation als Strafe oder als Schadenersatz zu behandeln? Die zwei besten Processualisten, die uns aus der neuern Zeit bekannt sind, entscheiden sich für die Schadenersatztheorie und bauen Consequenzen darauf. Man fragt sich nämlich, ob während der Artikel 126. c. de proc. [90]) es dem Richter überläßt, die Entschädigungen (dommages-intérêts), wenn sie die Summe von 300 Franken erreichen, unter Androhung des Executionsmittels der körperlichen Haft auszusprechen, dieses auch für die Kosten geschehen könne? Hierauf antwortet Boitard [91]):

> Une condemnation aux depens de l'instance n'est par comme on le dit trop souvent la peine du plaideur temeraire; c'est tout simplement le remboursement que le tribunal fait faire au demandeur des impenses des deboursées auquel on a été contraint par la resistance *intempestive* de l'adversaire ... c'est une dette ordinaire, une dette civile qui n'a rien de special, et au remboursement de la quelle il n'y a nulle raison d'attacher la rigueur de la contrainte [92]).

---

[90]) La contrainte par corps ne sera prononcée, que dans les cas prévus par la loi; il est neanmoins laissé a la prudence des juges de la prononcer pour dommages et intérêts en matière civile au dessus de la somme de 300 francs etc.

[91]) *Boitard* l. c. ad. h. art.

[92]) cf. denselben Schriftsteller ad art. 130.

Worte genug, aber keine Begriffe; hatte der unglückliche Besiegte Grund zu streiten, warum war denn sein Widerstand ein unzeitgemäßer, und hatte er keinen Grund, warum soll er nicht für die Kosten, die er seinem Gegner verursacht hat, derselben Strenge unterliegen, als für dessen entbehrten Gewinn? Es sei die Kostenschuld eine gewöhnliche Schuld, sagt man, worauf gründet sich aber dieselbe?

Bei Gelegenheit derselben Frage drückt sich Boncenne [93]) noch stärker aus, und schreibt, ohne es zu wollen, die schärfste Kritik des französischen Systems. Nachdem er anführt, daß unter der Herrschaft der Ordonnanz die Kosten durch körperliche Haft beigetrieben werden konnten, sagt er:

> Cette rigueur deraissonable ne se trouve pas dans nos codes, il est vrai, en général, que les depens sont la peine du plaideur temeraire, mais il n'est pas moins constant, que la plupart des procès sont mus par les doutes, qui s'elévent de bonne foi dans l'esprit des plaideurs, que ces doutes sont entreténus par l'imperfection d'une foule de textes, par la diversité des avis; que la loi elle mème veut, que l'on s'adresse aux tribunaux parceque nul n'a le droit de se faire justice. Les dépens sont dus par la partie qui perd son procès, pour que celle ci, qui le gagne soit rendue *indemne* des frais, qu'elle a été obligée d'avancer: *Propter litem et non propter crimen.* Ce sont les dommages et in-

[93]) *Boncenne* l. c. S. 347.

térêts qui réparent les préjudices et les vexations outrageuses.

Nach diesem Schriftsteller sind die Kosten Schäden, die man ohne Schuld ersetzen muß, sie sind aber dennoch keine Schäden, welche die Franzosen unter dommages et intérêts begreifen, weil für diese im Gegensatz mit den gewöhnlichen dommages et intérêts keine körperliche Haft ausgesprochen werden darf; was sind sie denn? Wir können unserer Seits im französischen Rechte so wenig, wie nach gemeinem Rechte der ganzen Untersuchung einen Sinn abgewinnen. Das französische Recht hat zwar keine so eng gefaßte Verfügung über die außercontractliche Schadenersatzverbindlichkeit, wie die Lex Aquilia. Unter der Ueberschrift des delits et des quasi delits heißt es ganz allgemein [94]):

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer.

Der Unterschied jedoch zwischen einer Sachbeschädigung und dem durch intellectuelles Einwirken indirekt verursachten Schaden liegt zu sehr in der Natur der Sache, daß er durch keine gesetzgeberische Willkühr aufgehoben werden kann; aber selbst abgesehen von dieser Distinction, wird auch im französischen Rechte eine Faute, also eine culpa verlangt, während der Artikel 130 des Proceßcodex, und der einschlägige Artikel der Ordonnanz nicht einmal eine culpa levissima voraussetzt.

Wollen wir die Sache auf einen juristischen Gesichts-

---

[94]) C. c. art. 1382. seq.

punkt zurückführen, so bleibt uns nichts übrig, als anzunehmen: Die Grundidee der Kostencondemnation bleibt auch nach französischem Rechte die temeritas litigandi; es giebt auch nach diesem Rechte, denn kein Gesetz kann die Natur der Sache ändern, schuldige und unschuldige Proceßführer, plaideurs temeraires, und plaideurs de bonne foi. Um aber der richterlichen Willkühr in einem so wichtigen Punkte, wie die Kosten sind, und da sich gesetzliche Grenzen kaum ziehen lassen, entgegen zu arbeiten, soll utilitatis causa der unschuldige Streiter dem schuldigen, was die Verbindlichkeit zum Kostenersatz angeht, gleichbehandelt werden; es giebt sohin, um in der römischen Kunstsprache zu sprechen, temerarii litigantes, und quasi-temerarii litigantes. Stehen aber beide Arten von Streitern auch in allen Beziehungen gleich? Eine Unterscheidung scheint uns ganz deutlich ausgesprochen in Bezug auf die Frage, in wie fern die Proceßführung des Repräsentanten den Repräsentirten zum Kostenersatz verbindet? Es gehört hierher die Vorschrift des Artikels 132. c. de proc.

> Les tuteurs [95]) curateurs, heritiers beneficaires, qui auront *compromis les intérêts de leur administrations* pourront être condamnés aux depens en leur nom et sans repetition.

Diese im Artikel genannten Repräsentanten können allerdings auf gar verschiedene Weise das Interesse ihrer Administration bei der Proceßführung compromittiren, sie

---

[95]) Von den Verfügungen dieses Artikels über Gerichtsboten und Anwalte abstrahiren wir, weil dieselben zu Erörterungen führen, die wir in diese Abhandlungen nicht hineinziehen wollen.

können mit dem Gegner colludiren, sie können einen gerechten Proceß durch Vernachlässigung der geeigneten Mittel verlieren. Diese Fälle scheint unser Artikel nicht im Auge zu haben, in solchen Fällen bleibt dem Minderjährigen das Rechtsmittel der in integrum restitutio, und nicht leicht wird sich ein Gericht bewogen fühlen, diesem Rechtsmittel jetzt schon zu präjudiziren. Dagegen können die Repräsentanten das Interesse ihrer Administration dadurch compromittiren, daß sie vexatorische und calumniöse Processe führen, ohne jede ratio litigandi, und die Folge ist für sie, daß sie ihren Proceß litem suam, nicht denjenigen ihrer Pupillen führen; für die Frage der temeritas litigandi sind sie Parthei in Processen, sie succumbiren, und sie haben sohin die Kosten zu tragen. Wir finden hier nur die Wiederholung des in einem Rescripte von Alexander Sever ausgesprochenen, schon oben benutzten Grundsatzes [90]).

> Non est ignotum, tutores vel curatores adolescentum si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas instituant actiones eo nomine condemnari oportere, ne sub praetextu nominis eorum propter suas simultates *lites suas* excercere posse existiment.

Eine andre Unterscheidung kennt noch die Ordonnanz von 1667. Während dieselbe in dem Artikel 1. des Titels des depens unbedingt eine Kostencondemnation gegen den Succumbenten ausspricht, enthält dieselbe unter dem Titel de la decharge des contraintes par corps Artikel II.:

Pourront neanmoins les contraintes par

---

[90]) Comt. 4. cod. de adm. tut.

corps apres les quatre mois (dem tempus judicati) être ordonnées pour les depens adjugés, s'ils montent a deux cens livres et au dessus, *ce qui aura lieu* pour la restitution des fruits et pour les dommages et intérest au dessus de deux cens livres.

Während sicher für den eigentlichen Schadenersatz die körperliche Haft ausgesprochen werden muß, ist die Anwendung dieses Executionsmittels für die Kosten dem richterlichen Ermessen überlassen, es ist um so weniger zu zweifeln, daß das richterliche Ermessen sich hier nach der größern oder geringern temeritas litigandi richten mußte, als gerade zur Rechtfertigung der Anwendung dieses acerben Rechtsmittels die bedeutendsten Schriftsteller wie Bornier zu diesem Artikel und Pothier [97]) auf die Strafbarkeit des böswilligen Streitens aufmerksam machen.

Was ist in dieser Beziehung heute Rechtens? Trotz aller entgegenstehenden Autoritäten scheint uns die Ansicht, daß auch heute noch im Falle eines frivolen Streitens der Richter die Kosten als wahre Entschädigung erkennen, und übersteigen sie die Summe von 300 Franken, ihre Beitreibung mittelst körperlicher Haft anordnen kann, Vieles für sich zu haben. Die Gründe sind folgende:

Es ist richtig, die Lehre von dem Executionsmittel der körperlichen Haft hat bei der frühern französischen Staats-

---

[97]) *Pothier* l. c. p. 453. La raison, pour laquelle on l'a conservée pour les depens est parcequ'il n'y a pas d'autres manieres de reprimer les temeraires contestations des plaideurs, qui plaident d'autant plus hardiment, qu'etant ordinairement sans biens, ils n'ont rien a perdre.

umwälzung dieselben Phasen durchgemacht, die sie auch in der neuern Geschichte durchzulaufen bestimmt zu sein scheint. Den 9. März 1793 hob der Convent, dem die Guillotine gewöhnliches Regierungsmittel war, aus Rücksicht für die persönliche Freiheit die körperliche Haft in Schuldsachen auf, indessen schon den 25. Ventôse Jahr V. wurde dieselbe in Handelssachen wieder eingeführt, und durch das Gesetz vom 19. Germinal Jahr VI. organisirt. In Civilsachen, als Gegensatz der Handelssachen, erschien dieselbe im code civil wieder, und erhielt die Ehre eines eigenen Titels, de la contrainte par corps en matière civile [98]); der Art. 2063. dieses Gesetzbuchs verbietet sogar dem Richter dieselbe da auszusprechen, wo sie das Gesetz nicht verhängt. Der bereits oben Note 90 angeführte Artikel 126. des Proceßgesetzbuchs kommt theilweise auf die oben bezogenen Verfügungen der Ordonnanz zurück, erhebt die Summe, worüber die Richter dieses Executionsmittel anwenden können, auf 300 Franken, spricht aber weder von den Kosten, noch von der Früchtenrestitution, weicht sogar darin von der Ordonnanz ab, daß auch bei der eigentlichrn Entschädigungsverbindlichkeit die Sache dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt. Es könnte sohin bei dem strictum jus, welches hier zur Anwendung kommt, keinem Zweifel unterliegen, daß heute Kosten in keinem Falle unter körperlicher Haft zugesprochen werden dürften, wenn nicht der Artikel 137. der Sache eine andre Wendung gebe. Dieser Artikel sagt:

> L'execution provisoire ne pourra être ordonnée pour les depens, quand même ils

---

[98]) C. c. III. Buch XVI. Titel.

seroient adjugés *pour tenir lieu* de dommages et intérêts.

Wir erfahren daher freilich indirekt, daß es zweierlei Arten von Kostencondemnationen giebt, eine Kostencondemnation schlechtweg, und eine solche als Entschädigung. Wo das Eine und wo das Andre eintritt, darüber sagt uns das Gesetz nichts. Der Satz aber quand même u. s. w. ist ein Zusatz des Tribunats [99]).

Art. 133 (137 du code) *ajouter:* quand même etc. les juges auront en effet la faculté d'adjuger les depens *a titre* de dommages et intérêts, mais il ne faut pas, que sous ce pretexte ils pussent ordonner l'execution provisoire de la condamnation aux depens.

Der Ausdruck a titre ist die authentische Interpretation der Locution: pour tenir lieu. Sind die Kosten als Entschädigung ausgesprochen, dann fallen sie unter die Vorschrift des Artikels 126. Schwierigkeit könnte es scheinbar machen, daß die Entschädigung nur dann unter körperlicher Haft zugesprochen werden kann, wenn sie 300 Franken übersteigt, die Größe der Summe aber erst von der Liquidation durch den taxirenden Richter abhängt; dasselbe kann indessen auch bei jeder andern Entschädigung eintreten, deren Liquidation in einem spätern Verfahren statt hat, ohne daß immer noch ein zweites Urtheil erfolgen müßte [100]).

---

[99]) Locré, la legislation de la France XXI. V. 427.

[100]) cf. V. Buch II. Titel des B. P. O. de la liquidation des dommages et intérêts. Eine andre Interpretation findet sich bei Boitard und Andern, die mir jedoch gesucht scheint. Der Artikel soll den Fall unterstellen, wenn die Parthei, die ihren Proceß gewinnt, sich etwa beleidigender Ausdrücke in ihren Schriftsätzen oder Vorträgen bedient hätte, welche zur Beschwerdeführung von der andern Seite Veranlas-

Die Untersuchung der Frage über die ratio litigandi ist endlich auch in dem Falle nicht ausgeschlossen, wo das Gesetz es dem richterlichen Ermessen anheim stellt, wegen naher Verwandtschaft eine Kostencompensation eintreten zu lassen. Die Schriftsteller, welche diesen Compensationsgrund auf die Bahn brachten, führten zwei Gründe an, einmal weil unter so nahen Verwandten vermuthet werden müsse, man streite nicht aus Geist der Chicane, vielmehr weil jede Parthei im guten Glauben über ihr Recht wäre, sodann weil man die Kluft zwischen Verwandten nicht noch durch eine Verurtheilung in die Proceßkosten erweitern solle [101]. Der zweite Grund kann aber nur dann einen Ausschlag

---

sung gegeben hätten; hier soll der Richter den gewinnenden Theil, und das soll eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des Artikels 130. bilden, statt in eine Entschädigung in einen Theil der Kosten verurtheilen können. Es gehört viel Devination dazu, dieses complicirte Verhältniß aus den Worten des fraglichen Artikels heraus zu finden. Die Worte pour tenir lieu könnten allerdings zu diesem Nothbehelf Veranlassung geben; die Umschreibung a titre dagegen nach unserm Dafürhalten nicht. In einem Urtheile des Gerichtshofs zu Toulouse vom 20. Februar 1832, Sir. XXXII. 2. 390, ist die dem im Texte Ausgeführten entgegenstehende Behauptung angenommen, jedoch auf kein Gesetz gestützt, vielmehr auf eine Dicision (?) von Merlin und Carré, und auf drei Entscheidungen des Cassationshofs, die aber übrigens nur bestimmen, daß auch für Kosten in Handelssachen keine körperliche Haft ausgesprochen werden dürfe — Sir. X. 1. 64., XVII. 1. 225., XXV. 1. 206. —, und als traute dieses Gericht seinen Autoritäten nur halb, so wird auch aus den factischen Verhältnissen ein besonderes Motiv entnommen. Unsere Ansicht dürfte vorzüglich, selbst da, wo ein specielles Gesetz hierüber nicht besteht, bei Armenprocessen ihre Anwendung finden, die, wie Pothier bemerkt, um so leichtsinniger geführt werden, als die eine Parthei gar nichts in's Spiel legt. cf. *Troplong* de la contrainte par corps N. 216, 217. Sir. XXXVI. 1. 915.

[101]) Zu vergleichen die Note 88. angeführten Schriftsteller.

geben, wenn der Richter aus der Prüfung der Verhältnisse sich überzeugt, daß der Rechtsstreit bona fide geführt wurde. Alle gemeinrechtlichen Gründe, als zweifelhaftes Recht, zweifelhafte Interpretation, zweifelhaftes Factum können daher auch dem französischen Richter als Fingerzeige dienen; dagegen dürfte der Richter, der die Kostencompensation rein auf die Verwandtschaft der streitenden Theile stützte, auf eine sattsame Urtheilsmotivirung keinen Anspruch machen. Auf der anderen Seite scheint es, daß auf den zweiten, vom Gesetze angenommenen Compensationsgrund, nämlich auf den der mutua victoria, dessen Würdigung ebenfalls dem richterlichen Ermessen überlassen ist, die größere oder geringere Frivolität des Processes von keinem Einfluß sein dürfe. Es wird hier unterstellt, daß jede Parthei theils siegt, theils besiegt wird; da nun der Besiegte nach der allgemeinen Regel entweder ein böswilliger Streiter ist, oder als solcher behandelt wird, so würde consequent in diesem Falle die Compensation immer eintreten müssen, während dieselbe doch nur facultativ ist. Der Hauptgesichtspunkt scheint daher der zu sein, daß die Richter ihr Ermessen darnach zu richten haben, in wie fern die Proceßkosten durch das theilweise Unterliegen vermehrt wurden. Die Zuvielforderung, Pluspetitio, allein kann daher, wenn die Proceßverhandlungen nicht so geführt wurden, daß gerade das Zuvielgeforderte noch allein Gegenstand des Streites war, zu einer Kostencompensation keinen hinlänglichen Grund abgeben. Diese Ansicht wird auch, so viel wir wissen, in der Praxis angenommen.

§. 5.

3) Nachdem wir den allgemeinen Gesichtspunkt festgestellt zu haben glauben, der dem französischen Rechte bei

Regulirung des Kostenersatzes zu Grunde liegt, wenden wir uns zur Erörterung des Artikels 130. selbst.

A. Toute partie. Dieser Ausdruck ist wörtlich aus der Ordonnanz in die neue Gesetzgebung übergegangen, und das Wörtchen *toute* sollte den Verirrungen einer früheren Praxis, so wie den Ansichten der Schriftsteller entgegenwirken, nach welchen eine Reihe von Personen das Privilegium hatten, selbst im Falle des Unterliegens auf Kostencompensation Anspruch machen zu können. Man ging so weit, den Fall auszuzeichnen, wo der sachfällige vorzüglich als ein ehrlicher und gewissenhafter Mann in gutem Rufe stand [102]); man rechnete hierher den Fiscus, die Kirche, die Obrigkeit im Streite mit ihren Bürgern und Untergebenen, Mönche, Geistliche, Arme u. s. w., alle diese Personen sollten die Vermuthung des guten Glaubens für sich haben. Ueber diese Ausnahmen haben Wissenschaft und Praxis auch schon in Deutschland den Stab gebrochen. Indessen hat sich nichtsdestoweniger auch unter der Ordonnanz eine Ausnahme erhalten, nämlich im Falle der Staat aus Gründen des öffentlichen Rechtes klagend vor den Civil- oder Criminalgerichten auftritt; hier hielt man es für gefährlich, an eine Proceßverwegenheit zu denken. Während daher der Private mit seinem Gelde, ja zuweilen mit Leben und Gesundheit büßen muß, erhält er im Falle des Sieges nicht einmal für baare Auslagen Entschädigung. Diese Praxis hat sich auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes erhalten und hat heute ihren Stützpunkt in dem Decrete vom 18. Juni 1811, wonach die Fälle, in welchen die Staatsbehörde vor dem Civilrichter ex officio auftritt, in Bezug

---

[102]) Weber l. c. §. 13.

auf die Kosten den Criminalfällen gleichgestellt sind [103]). Abgesehen von der Frage, ob diese Ausnahme eine gerechte ist, beweist dieselbe sattsam, daß unserer Lehre immer noch der Gedanken der temeritas litigandi zu Grunde liegt [104]). Diese Ausnahme ist übrigens strenger Interpretation; wo daher der allgemeine Staatsfiscus aus privatrechtlichen Gründen im gewöhnlichen Processe streitet, muß er als succumbirend in alle Kosten verurtheilt werden.

Unser Artikel spricht von *partie*. Wer nicht Parthei im Processe ist, kann zu keinen Kosten verurtheilt werden, wenn die proceßführende Parthei auch nur unter seiner ausdrücklichen Ermächtigung, oder durch dessen gleichzeitiges Auftreten jedoch nur zu diesem Zwecke, persona standi in judicio hat, wie dieses bei Ehefrauen der Fall ist, die ohne ehemännliche Autorisation im Processe nicht erscheinen können, oder wenn auch indirekt die Kostencondemnation auf einen Andern von Einfluß ist, z. B. auf den Bürgen [105]). Eine Ausnahme

---

[103]) Decret vom 18. Juni 1811. II. Tit. Cap. I., II., III.

[104]) Weil Boitard diesen Zusammenhang nicht kennt, oder in Abrede stellt, will er der Ausnahme auch jeden juristischen Grund absprechen. *Boitard* l. c. S. 249.

[105]) Die hier angeregte Frage, ob der Ehemann, der seine Frau zur Führung eines Rechtsstreites autorisirt, mit zu den Kosten verurtheilt werden könne, ist unter den französischen Juristen sehr streitig. Für die Ansicht, die wir für die richtige halten, ist zu vergleichen Chauveau ad. art. 130. N. 548 Not. 1. Die gegentheilige Ansicht vertheidigt Boncenne l. c. S. 351. Der Ehemann, der die Ermächtigung zum Rechtsstreite ertheilt habe, sei, wie dieser Schriftsteller sich ausdrückt, complice de sa témerité, und daraus schließt er: il doit en supporter la peine. Um dem Einwurfe zu begegnen, daß das Gericht im Falle der Weigerung des Ehemanns, die Ermächtigung zu ertheilen, diese ja von Amtswegen ertheile, bemerkt er, daß dann auch wohl das Gericht, wenn es eine temeritas litigandi bemerkte, die Ermächtigung

leidet indessen diese Regel, es ist ihrer schon oben gelegentlich Erwähnung geschehen, sie tritt ein, wenn statt des Repräsentirten der Repräsentant, der entweder gar nicht, oder

nicht ertheilen werde. Uns hat diese Darstellung so wenig befriedigt, als auch das Argument, welches die Gegner zur Begründung der von uns vertheidigten Ansicht aus der Nichtverantwortlichkeit des Familienraths ziehen, der die Ermächtigung zur Proceßführung ertheile, wo dieselbe erforderlich ist, und überhaupt aus der Unverbindlichkeit ähnlicher Proceßautorisationen. Der ganze Gesichtspunkt der ehemännlichen Autorisation scheint uns verfehlt. Die Eheweiber stehen so wenig, wie die Weiber überhaupt, nach französischem Rechte unter der Geschlechtstutel ihrer Ehemänner; es wird in keiner Weise unterstellt, als bedürfe die Ehefrau wegen ihres Leichtsinns zur Erhaltung ihres Vermögens eines vormundschaftlichen Schutzes. Das Institut der ehemännlichen Autorisation gründet sich heute auf vorwaltende Schicklichkeitsrücksichten; das Gesetz will im Interesse der Sitte und der Zucht, daß dem Ehemanne nichts Wichtiges vom geschäftlichen Thun und Treiben seiner Ehefrau verhehlt bleibe. Wo von dieser Seite nichts einzuwenden ist, wird der Ehemann die Autorisation nicht verweigern können, eben so wenig wie das Gericht; am aller wenigsten wo die Ehefrau Beklagte ist. Es bleibt daher unbegreiflich, wie der Ehemann für eine Autorisation, die er ertheilt und die er nicht füglich verweigern kann, verantwortlich sein soll, während dasselbe Gericht, welches in seiner Ermangelung die Ermächtigung ertheilt, selbst in der Hauptsache entscheidet, und die von ihm autorisirte Ehefrau als frivole Streiterin in die Kosten verurtheilt? Nur wo der Ehemann im Processe als mitbetheiligt und Litisconsort mit auftritt, erscheint er als Parthei im Processe, und erleidet geeigneten Falls mit eine Kostencondemnation. Ist er mitbetheiligt, und er nimmt dennoch keinen Antheil am Processe, ertheilt entweder eine außergerichtliche Autorisation, oder erklärt, daß er nur der Ermächtigung willen bei Gericht auftrete, dann kann auch in diesem Falle, weil er immer nicht Parthei im Processe ist, keine Condemnation gegen ihn ergehen; aber alsdann bleibt dennoch nicht nur eine Kostencondemnation, sondern jede andre Condemnation für ihn nicht ohne Folgen. Er muß sich nunmehr das Urtheil gefallen lassen, in so weit es auch seinen Rechten präjudicirt, und dieses nicht, weil er die Autorisation ertheilte, sondern weil er zugab, daß ein Angriff oder eine Ver-

nicht in eigenem Namen im Rechtsstreite erscheint, in die Kosten verurtheilt wird [106]).

Boitard [107]) bemerkt zur einschlägigen Verfügung:

> C'est ici non plus une condamnation dans un intérêt privé ... mais bien une peine, que la tribunal appliquera etc.

Eben so sagt Schlink [108]): „Das Gericht spricht hier die Verurtheilung im Disciplinarwege aus.“ Dieser Gesichtspunkt würde ausreichen, wenn sich die Sache der Art verhielte, daß die eigentliche Proceßparthei, also der Repräsentirte, wie gewöhnlich in die Kosten dem Sieger gegenüber verurtheilt, und in demselben Urtheil ihm gegenüber der Repräsentant zur Entschädigung condemnirt würde. Die ganze Sache würde sich abthun zwischen dem Repräsentanten und Repräsentirten, wie dieses analog im Artikel 1031. der B. P. O. hinsichtlich der nichtigen Akten und frustratorischen Proceduren eintritt, welche dem amtirenden Angestellten seinen Mandanten gegenüber zur Last bleiben [109]). Unser Ar-

---

theidigung, die ihm vorzüglich oder mit oblag, durch einen Anderen geführt wurde; dem Einwande des actum inter alios steht die exceptio doli entgegen. Arg. Frag. 63. de re judicata. Scientibus, sententia quae inter alios data est, obest, cum quis de re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur, veluti si creditor debitorem experiri passus sit de proprietate pignoris, vel maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae.

[106]) Art. 132. c. de proc.

[107]) *Boitard* l. c. S. 255.

[108]) Schlink l. c. S. 490.

[109]) Art. 1031. c. de pr. Les procedures et les actes nuls ou frustratoires, et les actes qui auront donné lieu a une condamnation d'amende seront à la charge des officiers ministeriels qui les auront faits etc.

tikel hat aber eine ganz andere Tragweite. Indem in einem Falle, wie ihn derselbe unterstellt, dem Repräsentanten eine Verbindlichkeit einem Dritten gegenüber, mit dem er direkt in keinem Vertragsverhältnisse steht, auferlegt wird, wird umgekehrt diesem Dritten sein natürlicher Schuldner entzogen, ohne daß dessen Interesse dabei berücksichtigt werde, welches dadurch auch noch factisch compromittirt sein kann, daß ihm statt eines solventen Schuldners möglicher Weise ein durchaus zahlungsunfähiger gegeben wird. Wir müssen sohin für die Sache eine civilistische Grundlage finden; sie liegt in den Grundsätzen über das Mandat, wonach der Mandant nur dann durch den Mandatar verbunden wird, wenn die Grenzen des Mandats nicht überschritten sind, und in einer Art obervormundschaftlicher Gewalt, welche der Richter hier ausübt. Im Privatinteresse des zum Selbsterscheinen Verhinderten transferirt der Richter den Proceß, was den Kostenpunkt angeht, von der Person des Repräsentirten auf die Person des Repräsentanten, entbindet jenen von einer Verbindlichkeit und legt sie diesem auf, behandelt daher die Nichtparthei als Parthei und die Parthei als Nichtparthei.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob die hier auszusprechende persönliche Condemnation von Amtswegen, oder nur auf zu nehmende Conclusionen erfolgen könne? und so deutlich hierüber die Worte und der Geist des Artikels sind, so anomal es überhaupt wäre Anträge gegen Jemanden zuzulassen, der erst durch richterlichen Spruch als Parthei im Processe behandelt wird, so hat nichtsdestoweniger auch die Ansicht, welche förmliche Conclusionen voraussetzt, Anhänger gefunden [110]. Man scheint aber übersehen zu haben, daß

---

[110]) cf. Bioche l. c. N. 102.

jedes bei Gericht zu stellende Petitum ein in unserm Interesse stabilirtes Recht voraussetzt; bei der Sanktion, von welcher es sich handelt, ist es das Interesse eines Dritten, das gewahrt wird und dem Rechtsbegriffe nach sogar immer zum Nachtheil des Siegers, dem wider Willen statt seines natürlichen Schuldners ein anderer Schuldner aufgedrungen wird; der Vortheil einer größeren Solvenz des Letztern vor dem Erstern ist rein zufällig; eine Conclusion wäre also ein Petitum de jure tertii, zum rechtsbegrifflichen Nachtheil des Petenten.

Schlink wirft hier auch die Frage auf, ob und welche Rechtsmittel gegen einen solchen Officialausspruch zulässig sind? und da er nur die disciplinäre Natur der Maßregel im Auge hat, spricht er sich unbedingt gegen jedes gerichtliche Rechtsmittel aus.

Unserer Ansicht nach sind hier zwei verschiedene Verhältnisse zu unterscheiden:

1. Die wechselseitigen Beziehungen zwischen dem Sieger auf der einen Seite und dem Repräsentirten und Repräsentanten auf der andern Seite.

2. Die Beziehung zwischen dem Repräsentanten und Repräsentirten.

Was jene betrifft, so giebt uns der aufgefundene Gesichtspunkt an die Hand, daß durch Richterspruch Jemand als Parthei im Processe behandelt wird, der es nicht ist. Der Sieger kann daher, wenn die Sache berufbar ist, seiner Seits die Appellation ergreifen, um seinen natürlichen Schuldner wieder zu erhalten, und richtet sein Rechtsmittel gegen Repräsentanten und Repräsentirten, weil er der Natur der Sache nach für diese Forderung keine zwei Schuldner haben kann. Er kann sich aber auch mit

einer außergerichtlichen Erklärung begnügen, daß er, wenn er gegen den Repräsentirten obsiege, den Repräsentanten frei gebe, so wie letzterer accessorisch interveniren kann, um den Appellanten zu unterstützen. Ganz so kann auch der condemnirte Repräsentant gegen den Sieger appelliren, wo dann dieser gegen den Repräsentirten eventuelle Appellation einzulegen hat. Ist die Sache nicht berufbar, so können wir kein Rechtsmittel unter diesen Partheien gestatten, wenn nicht der Sieger, der rechtskräftig mit seinem Gesuche um Kostencondemnation gegen den Repräsentirten abgewiesen ist, im Falle er auf eine einfache Opposition des Repräsentanten unterläge, am Ende für eine gerechte Forderung gar keinen Schuldner hätte. Was dagegen die Beziehung angeht zwischen dem Repräsentanten und den Repräsentirten, so kann direkt von einem ordentlichen Rechtsmittel nicht die Rede sein, diese waren einander gegenüber weder wirklich Partheien, noch werden sie als solche fingirt. Dieses Verhältniß ist ganz dasselbe, wie jenes der officiers ministeriels ihren Principalen gegenüber, wovon im Art. 1031. die Rede ist, und nur in so weit läßt sich die dort erhobene Streitfrage hierher ziehen. Wir schließen uns der Ansicht derer an, welche die Möglichkeit der Vertheidigung zulassen, weil wir dieses Recht als ein solches betrachten, das sich von selbst versteht, und in keinem Gesetzbuche erst zu sanctioniren ist; der processualische Weg ist jener der einfachen Opposition, opposition simple, die principaliter oder incidenter gegen den gerichtet wird, der von dem anzugreifenden Ausspruch Gebrauch machen kann, oder Gebrauch machen will [111]).

---

[111]) cf. *Chauveau* ad art. 1031. Eine nähere Begründung unserer Ansicht, warum wir diese Opposition als einfache, und nicht als Dritt-

B. Unser Artikel fährt fort mit dem Ausdrucke: qui succombera, und dieses führt uns zu dem schwierigsten Theile unserer Aufgabe; es fragt sich nämlich: wer ist in einem Rechtsstreite als Succumbent zu behandeln? Es kann uns nicht einfallen, diese Frage erschöpfen zu wollen, wir würden genug thun, wenn wir die Schwierigkeiten nur andeuten.

a) Unterliegen kann man nur in einem förmlichen Rechtsstreite, es muß also von einer Seite die Existenz eines Rechtes in Anspruch genommen, und von der andern Seite dasselbe bestritten werden. Es kann daher die Vorschrift des Artikels in allen den Fällen keine Anwendung finden, wo nicht über die Existenz eines Rechts gestritten wird, wo vielmehr die Procedurform nur angewendet wird, um einen vom Gesetze gebotenen Vertrag in seinen Bedingungen festzustellen, hier fehlt es an einem Rechtsstreite, daher an einem Succumbenten. Es gehört hierher die Theilungsprocedur, selbst für den Fall, in welchem die Communisten mit freier Dispositionsbefugniß versehen außergerichtlich theilen könnten; ferner die Entäußerung von Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken; die Feststellung einer erzwungenen Weggerechtigkeit in der Art ihrer Ausübung, so wie in Bezug auf die dafür zu bezahlende Geldentschädigung [112]) u. s. w. In dem ersten Falle sind die Kosten von der Masse zu erheben, in den andern hat derjenige, der die Rolle des Klägers übernimmt, seine und seines Gegners Kosten zu tragen. Und zwar muß dieses der Fall

---

opposition behandelt wissen wollen, würde uns zu weit von unserer Materie abführen.

[112]) cf. Art. 545., 682., 701., 2161. c. c.

sein, nicht nur wenn gar keine außergerichtlichen Verhandlungen statt hatten, oder wenn die gerichtlichen zu einem für den Beklagten vortheilhaftern Resultat geführt haben; sondern auch dann, wenn dasselbe Resultat auch schon außergerichtlich zu erzielen war, oder wenn sogar der Beklagte noch schlimmer dabei wegkam, als bei dem gerichtlichen Verfahren. Der Rechtsgrund scheint uns darin zu liegen, weil das Gesetz zwar die Abschließung eines Vertrags gebietet, aber nicht gleichzeitig gebietet, daß sich der zu diesem Abschluß genöthigte Theil überhaupt zu einem außergerichtlichen Verhandeln und Consentiren herbeilasse. Wo aber derjenige, dem die Rolle des Beklagten zukömmt, eine gerichtliche Feststellung verlangen darf, da fällt der Begriff des Unterliegens weg [113]). Es versteht sich von selbst, daß, wenn die Procedur sich nicht auf die Ausmittelung der unter den Partheien festzustellenden Vertragsverhältnisse beschränkt, wenn vielmehr über die Frage gestritten wird, ob das vom Kläger vorausgesetzte Verhältniß zur Erzwingung eines Vertrags vorhanden sei, oder wenn sich ein Incidentpunkt ereignet, der Begriff einer wahren Succumbenz wieder hervortritt, und demzufolge der Artikel 130. der B. P. O. wieder seine volle Anwendung findet.

---

[113]) Schlink l. c. S. 492 hebt das im Texte Gesagte ebenfalls heraus, stellt aber den Gesichtspunkt folgender Art dar: „Betrifft ein „Proceß lediglich das Interesse der klagenden Parthei, ohne daß für „den Gegner ein Interesse vorliegt, so kann das Gericht, selbst wenn „es die Klage zuspricht, den Kläger in alle Kosten verurtheilen," worauf unsere Beispiele folgen. Diese Betrachtungsweise möchte nicht zutreffend sein, denn das ist doch wohl die Regel, daß der Proceß im lediglichen Interesse des Klägers geführt wird, reorum est fugere, und ohne Interesse ist doch wohl der Beklagte auch in den angeführten Fällen nicht bei der Sache.

b) Damit Jemand als Succumbent behandelt werden kann, muß er freiwillig im Processe als Kläger oder Beklagter erscheinen; der französische Proceß kennt aber Fälle, in welchen zur gehörigen Constitution des Judiciums das Hinzurufen einer Parthei gesetzlich vorgeschrieben ist; auch hier kann unser Artikel keine Anwendung finden, weil es wieder an dem Begriffe der Succumbenz fehlt. Der Kostenpunkt muß alsdann nach den speziellen Grundsätzen der Materie regulirt werden. Wir führen beispielsweise folgende Fälle an:

aa) Die Civilstandsregister stehen unter gerichtlicher Aufsicht, ohne Ermächtigung des Gerichts kann keine berichtigende Bemerkung zu den gesetzlich gefertigten Einträgen in denselben gemacht werden. Die Gerichte können nun auf eine in gesetzlicher Form bei ihnen eingebrachte Vorstellung, natürlich unter Vorbehalt der Rechte aller Interessenten, ohne Weiteres Recht sprechen; sie können aber auch jetzt schon verordnen, daß die bekannten Betheiligten vorläufig zum Processe geladen werden [114]). Die auf diese Weise adcitirten Interessenten können als solche unter keiner Voraussetzung als Succumbenten behandelt werden, und der Rectificationskläger hat die Kosten zu entrichten.

bb) Bei dem Subhastationsverfahren soll die Klage, welche auf den Grund behaupteten Eigenthums oder einer anderen Realberechtigung dahin tendirt, in der Execution begriffene Immobilienstücke ganz oder theilweise derselben zu entziehen, gegen den Gläubiger, der die Verfolgung leitet, gegen den gepfändeten Theil und gegen den erst eingeschriebenen Gläubiger gerichtet werden [115]). Dieser Gläubiger,

---

[114]) Art. 99. c. c. Art. 855. u. 856. c. de proc.
[115]) Art. 727. c. de proc.

als jedenfalls bei der Erhaltung der Integrität des Vermögens des Schuldners interessirt, soll nach einer Seite hin das Interesse sämmtlicher Hypothekargläubiger bei dem Verfahren wahren, auf der anderen Seite aber auch die Rechtskraft der zu ergehenden Entscheidung für und wider sämmtliche Interessenten vermitteln. Er kann als solcher den Rechtsstreit nicht abweisen, daher auch unmöglich als partie succombante behandelt werden. Er erscheint aber gar nicht in eigenem Namen, er vertritt die Gesammtheit jedoch nur in Bezug auf die Masse. Der Vindicant mag gewinnen oder verlieren, so wird die Kostencondemnation nur für und wider die Masse ergehen können, wogegen der erst eingeschriebene Gläubiger selbst für seine Proceßkosten von dieser zu befriedigen sein wird. Es scheint uns dieses wahr zu sein, nicht nur wenn sich dieser Adcitat auf neutralem Boden hält, oder wie man sich gewöhnlich ausdrückt, wenn er die Entscheidung der Sache der Weisheit des Gerichts überläßt, sondern auch wenn er am Rechtsstreite thätigen Antheil nimmt; hier dürften die Vorschriften des Artikels 132. der bürgerlichen Proceßordnung analog angewendet werden.

Ganz anders scheint aber die Beurtheilung der Lage des Gläubigers zu sein, welcher das Verfahren unternommen hat und in seinem Namen leitet. Er hat den Rechtsstreit freiwillig durch die Antretung des Vollziehungsverfahrens übernommen, auf sein Anstehen wurden die distrahirten Immobilien in das Verfahren gezogen; er ist daher dem Distractionskläger gegenüber in persönlichem Namen im Processe und folgerecht, im Falle er besiegt wird, auch succumbirender Theil, er muß daher als solcher in die Kosten verurtheilt werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß er, er mag gewinnen oder verlieren für die von ihm auf-

gewendeten oder refundirten Kosten, keine Rückansprüche gegen die Masse habe. Der betreibende Gläubiger ist zwar kein Mandatar der übrigen Gläubiger, er ist auch gewiß deren Geschäftsführer nicht, indem auch nach französischem Rechte die Grundbedingung der freiwilligen Geschäftsführung darin besteht, daß Jemand ein fremdes Geschäft als solches mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn angreife; die Absicht, sich diesem und diesen sich zu verbinden, bildet die Grundlage des Quasicontracts [116]). Der Gläubiger, der eine Verfolgung gegen einen Gemeinschuldner einleitet, besorgt sein eigenes Geschäft in seinem eigenen Interesse, will weder durch diese Geschäftsübernahme sich Andern, noch Andre sich direkt verbinden. Wohl aber stehen wir in dem Falle, wo Jemand wegen der Unzertrennbarkeit des eigenen und des fremden Interesses eine gemeinschaftliche Sache besorgt, und auch hier kann der Communist Ersatz fordern, wenn er aufrichtig ohne Gefährde gehandelt hat [117]).

cc) Ganz auf dieselbe Weise wird der Anwalt des in einem Collocationsverfahren zuletzt collocirten Gläubigers behandelt, der zur Regulirung der Consteſtionsprocedur auftreten muß; auch dieser kann nicht succumbiren [118]).

c) Als succumbirend kann der nicht behandelt werden, gegen den zwar ein Petitum gestellt ist und auch zuerkannt wird, das aber seine Begründung erst in einem

---

[116]) Frag. 2. Frag. 6. §. 1. 3. 6. 9. D. de Neg. gest. Chambon, die Negotiorum gestio S. 12. Art. 1372—74. c. c. Duranton cours de droit civil XII. 637.

[117]) Frag. 40. D. de Neg. gest. Frag. 6. §. 2. D. com. div. Frag. 9. §. 4. de rebus auct. judicis.

[118]) Art. 760., 768. c. de proc.

gegen einen Mitbeklagten gerichtlich auszusprechenden Präjudicialpunkt findet.

Nach französischem Rechte wird natürlich, wie dieses auch im gemeinen Rechte der Fall ist, zu jedem Vertrag die freiwillige Einwilligung der Contrahenten verlangt, derselbe darf weder an dem Mangel des Irrthums, noch jenem der Gewaltthätigkeit und des Betrugs leiden. Diese Mängel machen aber den Vertrag nicht schon von Rechtswegen nichtig; vielmehr geben dieselben nur das Recht auf eine Nichtigkeitsklage, mit andern Worten, das Recht, die Nichtigkeit bei Gericht aussprechen zu lassen [119]). Diese Klage ist der Natur der Sache nach persönlich, und kann nur gegen denjenigen gerichtet werden, mit dem der Vertrag geschlossen ist. Ist aber die Nichtigkeit ausgesprochen, dann, aber auch dann erst äußert dieselbe auch Wirkung gegen Dritte; nunmehr tritt der Grundsatz in Wirkung resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, und es verlieren alle von dem ersten Erwerber Dritten constituirten Rechte ihre Wirksamkeit [120]). Ganz dasselbe tritt ein, wenn ein Ver-

---

[119]) Art. 1109 — 1117. c. c. Deutlicher als der Artikel 1117. spricht sich der Redner im Staatsrathe dahin aus. Ainsi, sagt Bigot Préameneur, le contrat n'est pas nul de plein droit, il faut que l'acte soit rescindé, *c'est a dire declaré nul par le juge. Locré,* legislation XII. p. 321.

[120]) Unser Zweck ist nur die aufgestellte Regel des Proceßrechtes zu erklären, wir lassen sohin die Frage unerörtert, ob dieselbe Wirkung gegen Dritte, auch im Falle wo der Vertrag durch dolus vitiirt ist, eintritt, was bekanntlich unter den französischen Juristen streitig ist. Wir neigen zu der bejahenden Beantwortung derselben schon um deswillen, weil das französische Recht die drei Willensfehler, Irrthum, Gewalt und Betrug, unter derselben Rubrik behandelt, in den drei Fällen dieselbe Nichtigkeitsklage gestattet, und daher nicht leicht anzunehmen

trag unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen ist, deren Erfüllung von dem Factum einer der Contrahenten abhängt, und zwar gleichgültig, ob die resolutorische Bedingung ausdrücklich stipulirt ist, oder wie dieses bei synallagmatischen Verträgen der Fall ist, dieselbe als stillschweigend hinzugefügt betrachtet wird; auch hier tritt die Resolution nicht von Rechtswegen bei nicht erfolgter Erfüllung ein, dieselbe muß vielmehr vom Gerichte verlangt und ausgesprochen werden [121]), dann aber äußert sie auf dieselbe Weise, wie die Nichtigkeitsklage, ihre Wirkung gegen Dritte [122]). Diese Eigenthümlichkeit des französischen Rechtes äußert nun auf die Procedur, welche einzuhalten ist, wenn der Gegenstand, dessen Restitution durch eine der angegebenen Klagen erzielt wird, sich in dritten Händen befindet, bedeutenden Einfluß. Eine direkte Klage gegen den dritten Besitzer mit Umgehung des ersten Erwerbers scheint uns durchaus unzulässig. Nicht wenn man dieselbe auf Eigenthumsrecht stützen wollte, vorbehaltlich auf die Einrede der dem Auctor des Beklagten verkauften und übergebenen Sache in der Replik die Nichtigkeit

---

ist, daß dieselbe Klage, oder besser dasselbe Resultat einer und derselben Klage verschiedene Wirkungen haben sollte. Gerade in dieser Lehre unterscheidet sich so recht das französische und das römische System; nach diesem tritt zur Uebertragung des Eigenthums noch ein selbstständiger Rechtsact, die Tradition, hinzu; nach jenem ist der Vertrag selbst, als das nichtig Erklärte, die einzige Basis des Rechts der Succession. Ganz verfehlt dagegen scheint mir die für dieselbe Ansicht von Duranton aufgestellte Deduction. *Duranton* l. c. XI. 180.

[121]) Art. 1183., 1184. c. c. Auch hier lassen wir die Streitfrage unerörtert, ob zwischen einer ausdrücklich hinzugefügten oder einer stillschweigend subintellegirten resolutorischen Bedingung ein Unterschied zu machen sei, obschon wir diesen Unterschied nicht für begründet erachten. cf. *Waldek-Rousseau* code annoté, ad h. art.

[122]) cf. art. 954., 1673., arg. art. 1681. 2. alin. Art. 2125. c. c.

oder Resolution des Vertrags geltend zu machen, und noch weniger, wenn man ohne sein Eigenthum darzuthun die Klage dadurch zu begründen suchte, daß man behauptete, der Beklagte hätte von Jemanden erworben, der durch Vertrag von uns erworben habe, dieser Vertrag müsse aber nichtig erklärt oder resolvirt werden. Ein solches Klagegebäude würde an zwei unheilbaren Mängeln leiden, es würde voreilig sein, weil erst in der richterlich ausgesprochenen Nichtigkeit oder Resolution das Klagefundament gefunden werden könnte, sodann weil die in der Replik oder in der Klage vorgebrachte Nichtigkeits- oder Resolutionsmittel als rein persönlich nur gegen den Contrahenten zu richten sind. Es giebt daher nur zwei denkbare Proceduren; entweder man trägt die Nichtigkeits-, beziehungsweise Resolutionsklage selbstständig gegen den ersten Erwerber aus, und erhebt dann die Klage auf Räumung gegen den dritten Besitzer, oder man verbindet die beiden Klagen. Der erste Weg ist kaum gangbar, wenn man etwa keine Sachpetita gegen den ersten Erwerber zu nehmen hat, daher gegen denselben nur den Präjudicialpunkt anregt. Nicht selten wird auch ein auf diese Weise hinter dem Rücken des dritten Besitzers erwirktes Urtheil als das Resultat einer Collusion und eines Betrugs angegriffen; der zweite ist dagegen der in der Praxis größtentheils befolgte. Wir haben in einem solchen Falle zwei mit einander verbundene Processe, wovon der erste nur das Präjudicium zum zweiten bildet; ja dieses Präjudicium allein bildet streng genommen erst das Klagefundament für den zweiten Proceß; nimmt daher der dritte Besitzer keine förmlichen Anträge in der Präjudicialfrage, bringt er keine selbstständigen Mittel zur Bekämpfung derselben vor, was er, wenn der Hauptbeklagte nicht colludirt leicht bewirken kann,

so kann er nicht als succumbirende Parthei im Präjudicialpunkte behandelt, daher in keine Kosten verurtheilt werden. Verliert der Kläger, dann muß er beiden Partheien die Kosten entrichten; gewinnt er, so giebt's keinen Grund, ihn dem dritten Besitzer gegenüber in die Kosten zu verurtheilen; es tritt daher weniger der Sache als der Wirkung nach eine Kostencompensation ein; hat derselbe jedoch eine recursorische Klage gegen seinen Auctor angestellt, so erhält er von diesem Kostenersatze.

d) In der Analyse unseres Artikels bietet sich uns die Frage dar, ob derjenige, welcher den Proceß verliert, weil ihm ein durchaus fremdes Factum erwiesen wurde, der jedoch, sobald der Beweis erbracht war, entweder die Klage fallen ließ, oder derselben deferirte, unbedingt in die Kosten zu verurtheilen sei? Dieser Fall kann sich ereignen sowohl in Bezug auf den Legitimationspunkt, wenn der Kläger in ein fremdes Recht succedirte, als auch in der Hauptsache, wenn das Recht selbst von einer dem Beklagten durchaus fremden Thatsache abhängt; A. vindicirt gegen B. in Europa eine ihm in Amerika von C., zu dem man sich übrigens zu einem solchen Schurkenstreiche gar nicht versehen sollte, gestohlene Uhr, und führt einen sehr kostspieligen Beweis in Amerika, der ihm gelingt; B. succumbirt, hat derselbe die Proceßkosten zu entrichten?

Wir wären sehr geneigt, diese Frage zu verneinen, und würden uns wieder auf den gesetzlichen Ausdruck: qui succombera, stützen. Wir würden sagen, als succumbirend können wir nur denjenigen behandeln, der in einer positiven oder negativen Behauptung der Unrichtigkeit überführt wird. Wo es sich also von dem Unterliegen in Bezug auf eine Thatsache handelt, da stehen wir an der Vorfrage: wann

sind wir im Processe verbunden mit Bestimmtheit ein Ja oder ein Nein zu sagen? Die Antwort hierauf kann nach der Natur der Sache nicht zweifelhaft sein. Thatsachen, die uns persönlich sind, die müssen wir anerkennen oder bestreiten, wir sind in dem Rechtsstaate dem Gerichte und unserm Gegner Wahrheit schuldig. Wir können noch einen Schritt weiter gehen und von einem streitenden Theile verlangen, daß er auch über fremde Thatsachen, ehe er es zum Rechtsstreite und zur Beweisführung kommen läßt, sich erkundige, und konnte er bei einiger Nachforschung sich von der Wahrheit einer ihm fremden Thatsache überzeugen, so können wir ihm auch seine Leichtfertigkeit, sich hinter der Einrede des Nichtwissens zu schützen, zur groben Schuld anrechnen. Jemanden aber zuzumuthen, eine Correspondenz in einem ihm fremden Welttheil zu eröffnen, Nachforschungen anzustellen in's Blaue, auf das Ungewisse hin Kosten zu bestreiten, die ihm Niemand ersetzen wird, das wäre doch etwas zu weit gegangen. Wir hielten daher für das Richtige, daß hier das richterliche Ermessen eintreten müßte, und so viel man dem allgemeinen Grundsatze zu opfern sich geneigt fühlte, wollte man auch eine culpa levissima in einem deutschsprachlich gesteigerten Superlativ als zu prästiren annehmen, so könnten sich immer noch Fälle einer invincibilis ignorantia herausstellen, bei welchen man das Succumbiren in Abrede stellen würde. Wir hätten einen Stützpunkt gesucht in der Vorschrift des Artikels 252. der bürgerlichen Proceßordnung. Hier ist gesagt:

> Les faits, dont une partie demandera à faire preuve seront articulés succintement par un simple acte de conclusion sans écritures ni requêtes.

Ils seront également par simple acte *deniés* ou *reconnus* dans les trois jours, sinon ils *pourront* être tenus pour *confessés* ou *avérés* [123]).

Allerdings kennt nach dieser Verfügung das Gesetz nur zwei Arten, sich über articulirte Thatsachen zu erklären, eine förmliche Denegation oder eine förmliche Anerkennung; indem aber dasselbe das Nichtantworten nicht unbedingt für eine affirmative Litiscontestation erklärt, vielmehr die Sache dem richterlichen Ermessen überläßt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das richterliche Ermessen sich danach leiten lassen wird, ob es sich von eigenen Handlungen, oder von fremden handelt, und im letzterm Falle, ob es der Parthei leicht oder schwer war, sich Aufschluß über die Sache zu verschaffen. Diese Interpretation als richtig vorausgesetzt, würden wir gesagt haben, in den Fällen, wo der Richter nicht nothwendig eine affirmative Litiscontestation im Falle, wo sich die Parthei nicht bestimmt erklärt, annehmen muß, kann eben eine Succumbenz nicht angenommen, daher auch der Artikel 130. nicht angewendet werden.

So sehr ein solches Resultat unserm Gerechtigkeitsgefühle entsprechen würde, so können wir dasselbe bei der unbedingt entgegenstehenden Autorität des Pariser Cassationshofs, und bei dem absoluten Schweigen aller uns bekannten Schriftsteller dennoch nicht souteniren. Direkte Entscheidungen dieses Gerichts sind uns zwar keine bekannt, wohl

---

[123]) Confessés, wo ein Geständniß Beweis macht; avérés, in Processen, wo ein Geständniß nicht vollen Beweis macht, wo nichtsdestoweniger der Richter unter Umständen aus dem Stillschweigen der Parthei eine Vermuthung für die Wahrheit entnehmen kann.

aber hat dasselbe sich in einem analogen Falle gegen die aufgestellte Ansicht ausgesprochen. Was wir eben über die facta aliena überhaupt erörtert haben, ist gesetzlich anerkannt in Bezug auf Unterschriften unseres Erblassers, die wir, wie dieses auch gemeinrechtlich der Fall ist, weder anzuerkennen noch abzuleugnen haben [124]). Die Frage ist daher entstanden, ob in einem Schriftbewahrheitungs-Verfahren über eine Unterschrift des Erblassers derjenige, gegen den dieser Echtheitsbeweis in einem solchen Falle, wo ein Nichtwissen erlaubt ist, geführt wird, die Kosten zu tragen habe? und der Pariser Cassationshof hat sich für das gallische vae victis des Artikels 130. ohne Zulassung irgend einer Rücksicht entschieden; der von uns aufgestellte Gesichtspunkt ist nach der uns bekannten Relation von keiner Seite urgirt worden [125]). Wir haben darum diesen Punkt ganz speziell herausgehoben, um nachzuweisen, daß die einfachsten Gesetze nicht immer die gerechtesten sind.

e) Trotz der so sehr formellen Vorschrift unseres oft citirten 130. Artikels soll es dennoch Einen Fall im französischen Rechte geben, wo selbst der Sieger dem Besiegten die Kosten zu ersetzen hätte. Es soll dieses dann eintreten, wenn der mit einer Realklage angegangene Besitzer eine Klage wegen Evictionsprästation gegen seinen Auctor erhebt, der Vindicant hierauf abgewiesen und die Gewährschaftsklage sohin ohne Object erklärt wird; obschon der Gewährschaftskläger mit seiner Klage abgewiesen wird, daher succumbirt,

---

[124]) Art. 1323. c. c. Les heritièrs peuvent se contenter de declarer, qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur.

[125]) Sir. XXII. 1. 386., XXIX. 1. 178.

soll ihm der Gewährschaftsbeklagte, vorbehaltlich der von diesem zu erhaltenden Condemnation gegen den unterliegenden Vindicanten [126]), seine Kosten ersetzen.

Es kann als bekannt und unbestritten der bedeutende Unterschied, der in Bezug auf die Gewährschaftsklage zwischen dem französischen Proceßrechte und dem gemeinen Rechte, welches hier dem römischen Rechte huldigt, besteht, vorausgesetzt werden. Während nach römischem Rechte der Successor seinem Auctor, im Falle er durch eine petitorische oder possessorische Klage in dem erworbenen Rechte gestört wird, den Rechtsstreit denunzirt und denselben zur Uebernahme der Vertheidigung auffordert, die Klage auf Gewährleistung aber erst erhoben werden kann, wenn die Eviction wirklich eingetreten, und der Successor entweder die Sache gar nicht mehr, oder nicht im Gefolge seines Erwerbers hat [127]), weil jetzt erst die Voraussetzung zur Gewährschaftsleistung entstanden ist; läßt der französische Proceß von den frühesten Zeiten her eine Verbindung der Aufforderung zur Vertheidigung mit dem eventuellen Klageantrag, daß, wenn die Vertheidigung nicht gelinge, der Garant zur Entschädigungsleistung verurtheilt werde, zu [128]), und entzieht denselben seinem natürlichen Forum auch für die eventuelle Verbindlichkeit, die streng genommen erst entsteht, wenn die Evictions-

---

[126]) Schlink l. c. S. 498. Chauveau l. c. ad art. 185. c. de proc. in specie ein dort angeführtes Urtheil des Pariser Cassationshofs, vom 3. Januar 1833, cf. Sir. XXV. 2. 384., XXVII. 2. 33.

[127]) Frag. 74. §. 2. de evict. Const. 3. Cod. ibid. Frag. 16. §. 1. Frag. 21. §. 2. Frag. 57. eod.

[128]) *Pothier*, contrat de vente. N. 108. *Troplong* contrat de vente. N. 436.

senteng vollzogen ist [129]). Wir sehen in dieser Proceßverbindung nur dieselbe Procedur, die wir auch schon oben dargestellt haben, nämlich die gleichzeitige Behandlung des Präjudicialpunktes mit der Hauptsache. Der Vindicat kann auf diese Weise verfahren und ein ihm noch nicht zustehendes Recht anticipativ zur Entscheidung bringen [130]), er muß aber nicht, darüber stimmen alle Schriftsteller überein. Er hat sogar das Recht ganz aus dem Processe zu scheiden und seinem Auctor die Defension zu überlassen, und dieser muß es sich in der Regel gefallen lassen [131]), wodurch die eventuelle Klage auf Gewährleistung nothwendig suspendirt bleibt. Wählt er nun den

[129]) *Pothier* l. c. N. 89. *Troplong* l. c. 419., gestützt auf Frag. 57. d. de evict. Der Ausdruck im Artikel 2257. c. c. jusqu'à l'éviction ait lieu ist zweideutig.

[130]) Es ist dieser Gesichtspunkt von großer praktischer Wichtigkeit. Setzen wir, die Hauptsentenz ist für den Vindicanten ausgefallen, und dem Vindicaten gegen seinen Auctor eine bedeutende Entschädigung zugesprochen, die den heutigen Werth des Gegenstandes bei Weitem übersteigen kann — Art. 1631. c. c. —, so kann dieser, so lange der Vindicat das Urtheil nicht vollzogen, oder sich durch Zahlung einer litis aestimation mit dem Vindicanten abgefunden hat, sich dem Nachtheile dadurch entziehen, daß er durch Abfinden des Eigenthümers dafür sorgt, daß die Sentenz keinen Vollzug erhalte. Eine merkwürdige Erscheinung bleibt immer das Copiren der Grundsätze des römischen Rechts in der Evictionslehre, und die angeblich naturrechtliche Bestimmung des 1599. Artikels des Coder, daß der Verkauf der Sache eines Andern nichtig sei. Man vergl. diesen Artikel mit den dem gegentheiligen Systeme entliehenen Artikeln 1603 und 1625. desselben Gesetzbuchs, verbinde auch damit den Artikel 1629. verb. à moins que l'acheteur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction.

[131]) Art. 185. c. de proc. En garantie formelle pour les matières réelles et hypothecaires, le garant pourra toujours prendre le fait et cause du garanti, qui sera mis hors de cause s'il le requiert. Chauveau ad h. art. N. 775.

Weg der Proceßverbindung, und bleibt im Processe, und der Vindicant siegt, so wird der Garant in die Kosten gegen beide Partheien verurtheilt; er succumbirt nach allen Seiten hin, und jener hat nur einen sehr subsidiären Anspruch gegen den eigentlichen Beklagten [132]); unterliegt der Vindicant, so muß auch die Garantieklage abgewiesen werden, und in Anwendung des Grundsatzes unseres Artikels 130. wird der Vindicant dem Garanten und dem Garantirten gegenüber unbezweifelt in die durch die Hauptklage entstandenen Kosten verurtheilt werden, eben so der Garantirte, dessen Gewährschaftsklage abgewiesen wird, den Garanten gegenüber in die Kosten, welche durch diese Klage speziell veranlaßt wurden, die ihm vom Vindicanten zu ersetzen sind [133]). Nach der entgegenstehenden Ansicht von Schlink, unterstützt von einem Urtheile des Cassationshofs [134]), soll auch in diesem Falle der Garant dem Garantirten sämmtliche Kosten zu ersetzen haben. Dieser Satz würde sich aus dem Proceßrechte rechtfertigen lassen, wenn überhaupt nach unserer eisernen Regel auf die ratio litigandi gesehen werden dürfte; da aber ein solches nicht gestattet ist, so soll derselbe aus dem Civilrechte gerechtfertigt werden. Es soll außer dem oben angedeuteten Unter-

---

[132]) Art. 185. c. de proc.

[133]) Selbst dieser letztere Punkt wurde beanstandet und kann beanstandet werden. Der Garantirte ist succumbirt, daß er zur Klage veranlaßt wurde, führt zu der Frage: wie stark, wie begründet die Veranlassung war, und diese Untersuchung soll ein für allemal bei Erörterung des Kostenpunktes in der Regel ausgeschlossen sein. Der Pariser Cassationshof hat indessen eine billige Rechtssprechung zugelassen, Sir. XXXII. 1. 492., XXXIII. 1. 347.

[134]) S. Note 126.

schiede zwischen dem römischen und französischen Rechte, der eigentlich nur processualisch ist, noch ein höchstwichtiger civilrechtlicher bestehen Während nach jenem Rechte die Defension des Garanten nur ein Mittel für diesen sei, sich vor der Evictionsverbindlichkeit zu hüten, bestehe sie in diesem Rechte als Selbstzweck, der Auctor müsse die Defension des Successors gegen jeden noch so frivolen Angriff als selbstständige Verbindlichkeit übernehmen, die Klage auf Uebernahme der Vertheidigung sei sohin schon formell im Angriffe begründet, daher bilde die Abweisung der Garantieklage keine Succumbenz. Wir können eine auf diese Weise aufgefaßte Verbindlichkeit im französischen Rechte nicht finden. Auch dieses Recht spricht nur von der Evictionsverbindlichkeit, und es ist Grundbedingung derselben, daß nur ein dem Verkaufe vorausgegangenes, oder von dem Verkäufer selbst herrührendes Factum zu einer Evictionsprästation Veranlassung giebt. Daß Jemand den Käufer mit einem schlechten Processe anfällt, ist kein dem Verkaufe vorhergegangenes Factum, noch ein Factum des Verkäufers. Man stützt sich auf Artikel 1625. c. c.:

> La garantie, que le vendeur doit à l'acquereur a deux objets, le premier est la *possession paisible.*

Eine erhobene Klage begründe aber schon eine Störung, einen trouble, und dieser müsse vom Käufer beseitigt werden. Urgirt man aber den Ausdruck possession paisible, so würde der Verkäufer für jede via facti zu stehen haben, die der Käufer erträgt; wenn aber nur eine begründete Störung im Besitze zu beseitigen ist [135]), so fragt es

---

[135]) Frag. 11. §. 13. Frag. 35. de act. emp. venditi.

sich: ist eine abgewiesene Klage eine solche begründete Störung? Man stützt die Ansicht auf eine nicht in's Gesetz übergegangene Aeußerung von Pothier [136]):

> Cette obligation renferme celle de defendre l'acheteur de tous troubles et evictions, c'est pourquoi non seulement *l'eviction*, c'est à dire le delais que l'acheteur seroit contraint de faire a un tiers de l'heritage, qui lui a été vendu donne lieu a cette action, mais même le simple trouble, c'est à dire la simple demande que donne contre l'acheteur un tiers, qui pretenderait un droit existant dés le temps du contrat de vente, de se faire delaisser l'heritage.

Wenn Pothier mehr andeuten wollte, als was schon oben zugegeben ist, daß nach französischem Rechte die Entschädigungsklage schon im Voraus angestellt werde könne, so kömmt er mit seinen eigenen Grundsätzen über Eviction in Widerspruch. Scheinbar ließe sich ein arg. a cont. aus dem Art. 1640. c. c. entnehmen:

> La garantie pour cause d'eviction cesse lorsque l'acquereur s'est laissée condamner par un jugement en dernièr ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, *sans appeler son vendeur*, si celui prouve, qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande.

Also wenn der Verkäufer zur Vertheidigung aufgefordert ist, und erscheint nicht, kann er sich der Evictionsver-

---

[136]) *Pothier* l. c. N. 103.

bindlichkeit nicht entziehen, wenn er auch nachweist, daß dem Käufer Mittel zu Gebote standen, die er vernachlässigte! Indessen verschwindet dieser Schein, wenn man bedenkt, daß unter appeler nicht ein bloßes litem denunciare zu verstehen ist, sondern eine förmliche Ladung bei Gericht zu erscheinen, und daß alsdann nach der französischen Proceßordnung das Urtheil als auch gegen diesen ergangen behandelt wird; wo man sich auf eine bloße Litisdenuntiation verlassen hat, wird auch heute noch das römische Recht zur Anwendung kommen müssen [137]). Uebrigens würde dieses Argument noch für den Fall nichts beweisen, der uns beschäftigt, wenn nämlich die Vindicationsklage abgewiesen wurde. Daß das von uns vertheidigte System in der Anwendung zu Härten führt, ist richtig; diese hat aber das Proceßrecht zu vertreten, nicht hat sich das Civilrecht einen Satz andichten zu lassen, der die ganze Oekonomie der Lehre in Verwirrung bringt.

§. 6.

C. *Sera condamnée.* Auch dieser Ausdruck weist auf eine Neuerung im Rechte hin, und giebt zu mancher Erörterung Veranlassung.

a) Die Ordonnanz hat in ihrem einschlägigen Artikel [138]) zwar ebenfalls den Ausdruck: sera condamnée, jedoch findet sich der Zusatz:

> Voulons qu'ils soient taxés en vertu de notre presente ordonnance, au profit de ce-

---

[137]) *Duranton* l. c. Tom. XVI. N. 301.

[138]) Tit. XXVI. Art. 1.

lui, qui aura obtenu definitivement *encore qu'ils n'eussent pas été adjugés.*

Dieser Zusatz findet sich in dem neuen Proceßcoder nicht; es ist daher zweifellos, daß ohne ausdrückliche Condemnation eine Verbindlichkeit zum Ersatze der Kosten nicht stattfindet. Zu demselben Resultat führt auch das kaiserliche Decret vom 16. Februar 1807 [139]), in welchem von dépens adjugés, partie qui a obtenu la condamnation de dépens gesprochen wird. Daraus folgt aber noch nicht, daß, wenn der Richter keine Kostencondemnation ausgesprochen hat, stillschweigend eine Kostencompensation angeordnet ist; eine solche Art, stillschweigend ein Urtheil zu erlassen, finden wir im französischen Processe nicht begründet. Das Rechtsmittel ist sonach bei einem solchen Stillschweigen nicht das der Cassation, vielmehr jenes der sogenannten requête civile, weil hier ein omis de prononcer vorliegt [140]).

---

[139]) Decrét relatif a la liquidation des dépens en matière sommaire.

[140]) Mit dieser Ansicht gerathen wir mit einer Reihe von Autoritäten in Widerspruch, sie sind alle angeführt *Chauveau* ad h. art. N. 556. Uns scheint aber die Kostencompensation keine doppelte Negation, sondern eine Position, ein Abschneiden eines gesetzlichen Anspruchs, und hierüber müssen die Urtheile prononcirt sein *). Das praktische Moment haben wir angedeutet: ist schweigen so viel wie sprechen und zwar hier absprechen, so tritt das Rechtsmittel der Cassation ein; ist schweigen unentscheiden Lassen, dann haben wir ein omis de prononcer. Wie Chauveau die erste Ansicht annehmen und nichtsdestoweniger das Rechtsmittel der requête civile indicirt findet, ist uns nicht recht klar geworden.

*) Art. 116. c. de proc. Les jugements seront *rendus* a la pluralité des voix et *prononcés* sur le champ. Art. 7. Der Loi vom 20. April 1810. Wo *rendus* publiquement so viel heißt wie prononcés publiquement. Wie man öffentlich schweigen kann, lehren uns freilich die jetzt so häufigen gesetzgebenden Versammlungen!

Der Grund der Abweichung vom frühern Rechte ist uns nicht mitgetheilt; er wird gewöhnlich darin gefunden, daß in der Ordonnanz jede Kostencompensation ausgeschlossen, daher an den Verlust in der Hauptsache schon ipso jure die Verbindlichkeit zum Kostenersatz geknüpft werden konnte, während der neue Proceßcodex eine solche Compensation zulasse, dieselbe sohin ausgeschlossen werden müsse. Dieses Raisonnement führte auf die eben widerlegte Behauptung der Bedeutung eines den Kostenpunkt übergehenden Urtheils. Dieser Grund scheint aber nicht richtig. Den hauptsächlichen Compensationsfall des neuen Rechtes, nämlich jenen des wechselseitigen Unterliegens, schließt auch die Ordonnanz nicht aus; und da die Kostencondemnation immer Regel, die Compensation Ausnahme bleibt, so wäre es immer consequenter gewesen, im Falle des Stillschweigens eher die Anwendung der Regel als jene der Ausnahme zu sanctioniren. Das Einfachste scheint uns, daß die Ordonnanz ein neues Recht einführte und in dem leichten Kostencompensiren, was gewöhnlich durch die Uebergehung des Kostenpunktes geschah, einen Mißbrauch sah; sie glaubte daher diesem Mißbrauche nicht energisch genug entgegentreten zu können, und sanctionirte daher ein exorbitantes Recht [141]). Das neue Gesetz glaubte bei dem langen Bestehen der Ordonnanz und dem mehr befestigten Ansehen der Centralgewalt eine solche Vorschrift entbehren zu können.

b) Aus der eben beleuchteten Vorschrift der Ordonnanz schloß man, und wir glauben mit Recht, daß da der Sieger die Kosten vom Besiegten ersetzt erhält, ohne daß der

---

[141]) Dieses Recht hatte indessen theilweise schon sein Vorbild in der oben berührten Const. 1. Cod. Theod. de fruct. et. lit. exp.

Richter dieselben zuspricht, es auch gleichgültig sei, ob der Kostenersatz vor dem Urtheil gefordert wurde, oder erst durch das Gesuch um Taxation; indem es lächerlich gewesen wäre, die Kostentaxation zwar ohne ausdrückliches Urtheil zuzulassen, jedoch nur wenn der Richter das Petitum unberücksichtigt gelassen hätte, also nur in dem Falle, wenn das Schweigen des Richters als ein Abweisen gedeutet werden konnte. War man sohin genöthigt, eine Kostenforderung auch nach dem den Kostenpunkt übergehenden Urtheil zuzulassen, so knüpfte sich auch die weitere Folge daran, daß die Kostencondemnation im Urtheile eine leere, nichts sagende Formel war, und daß sie der Richter auch ohne darum angegangen zu sein aussprechen konnte. Man kann nicht sagen, der Richter verurtheilte ex officio; es bedurfte dieses Urtheils gar nicht.

Boitard hat daher nach unserer Ansicht nicht recht, wenn er dem allgemein anerkannten Satze, der nur unrichtig aufgefaßt war, eine logische Begründung abspricht [142]); daß aber die Kostentaxation nicht ex officio geschehen konnte, ist klar; es war sogar eine förmliche Procedur vorgesehen, die Parthei, welche die Kostentaxe extrahirte, wurde demandeur und die Gegenparthei defendeur en taxe genannt. Was früher, wo es keiner Condemnation bedurfte, von der Taxation galt, das sollten wir denken, muß heute, wo eine Taxation ohne Condemnation nicht eintreten kann, von dieser gelten. Wir schließen uns sohin

---

[142]) *Jousse* ad h. art. N. 10. *Bornier* ad h. art. führt sogar ein arrêt de conseil an, wonach selbst, wenn der Richter die Kostencondemnation abschlug, eine Taxation verlangt werden konnte. *Boitard* l. c. p. 251.

der Ansicht derer an, welche heute eine Kostencondemnation von Amtswegen nicht zulassen [143]). Die Rechtsprechung unter der Ordonnanz kann uns aus dem angegebenen Grunde nicht bestimmen; die historischen Gründe, die uns bei der Entwickelung des römischen Rechtes leiteten, fallen hier weg; der französische Proceß, der eventuelle Anträge auf den Fall eines festzustellenden Präjudizes als etwas sehr Gewöhnliches kennt, kann formell schon an und für sich an dem Antrag auf Kostencondemnation keinen Anstand nehmen, wir wüßten sohin keinen Grund aufzufinden, warum hier von der allgemeinen Proceßregel, daß nicht ultra petita gegangen werden solle, abzuweichen wäre. Wenn aber Boncenne und Boitard auch bei Entscheidung dieser Frage auf das Lieblingsthema kommen, ob die Kostencondemnation eine Strafe oder einen Schadenersatz bilde, so haben wir uns gegen diese Auffassung schon oft genug im Laufe dieser Darstellung ausgesprochen, um nicht nöthig zu haben, darauf zurückzukommen.

c) Es schließt sich hier die weitere Frage an, ob, wenn die Parthei unterlassen hat, auf eine Kostencondemnation anzutragen, der Richter auch nicht darüber erkannt hat, der Sieger auf Ersatz der Kosten ein selbstständiges Klagerecht habe? Diese Frage konnte sich unter der Herrschaft der Ordonnanz nicht präsentiren, weil es damals weder eines Antrages noch einer Condemnation bedurfte, wohl aber kann sie erscheinen nach dem heutigen Rechte.

Chauveau [144]) spricht sich hier bejahend aus, er sagt, daß ihm kein Grund bekannt sei, warum eine solche

---

[143]) cf. Chauveau ad h. art. N. 555.

[144]) Chauveau l. c. N. 556.

Klage forcludirt sein sollte, indem der Gesetzgeber von dem Vollzugsmittel der körperlichen Haft ausdrücklich sage, es müsse durch dasselbe Urtheil zuerkannt werden, welches über die Hauptsache entscheidet; im Artikel 130. der B. P. O. aber eine solche Vorschrift nicht wiedergefunden werde, so liege auch von dieser Seite kein Hinderniß vor. Der angeführte Schriftsteller behandelt die Sache bloß von der processualischen Seite, indem er von Forclusion, proceßrechtlichem Ausschlusse wegen verspäteten Vorbringens spricht. Nach römischem Rechte, wo die Kostencondemnation nur eine Folge des temerarium litigium war, fanden wir das proceßrechtliche Hinderniß gegen die Gestattung eines selbstständigen Klagerechts in der materiellen Connerität der Sache; dieser Grund fällt nach französischen Grundsätzen weg. Dagegen liegt schon eine processualische Schwierigkeit in der sogenannten negativen Function der res judicata und der dadurch bewirkten Klageconsumtion. Auch nach französischem Rechte, welches die Grundsätze des römischen Rechts über die res judicata angenommen hat [145]), muß jeder Kläger sein ganzes, ihm aus einem Rechtsverhältnisse zustehende Recht in einem Processe vorbringen; ist die Sache abgeurtheilt, so ist die Action erschöpft und kann nicht mehr von Neuem vorgebracht werden. Diese Schwierigkeit, die nach römischem Systeme nicht eingriff, weil die eigentliche Action erst durch das Urtheil entstand, giebt jedenfalls im französischen Systeme zu Bedenken Veranlassung. Wir halten aber auch civilrechtlich eine selbstständige Klage für nicht platzgreiflich. Wir finden, und hier stützen wir uns auf unsere obigen Ausführungen, im Civilgesetzbuche keine Disposition, die hier

---

[145]) Art. 1351. c. c.

anwendbar wäre, weil wir nicht in eine Unterscheidung der Art der Succumbenz eingehen, in welchem Falle wir auf die angedeutete Schwierigkeit der Möglichkeit einer flagranten Urtheilsverschiedenheit stoßen; das Proceßrecht, welches utilitatis causa und contra rationem juris das Unglück in Strafe zieht [146]), kann über seine Grenzen hinaus nicht interpretirt werden. Eine Principalklage hat entweder gar keins, oder ein unzulässiges Klagefundament.

d) Die Kostencondemnation ist gegen mehre Litisconsorten persönlich und nach Kopftheilen zu vollziehen, und zwar schließen wir uns unbedingt der Ansicht von Boncenne und Boitard an, gleichgültig, ob es sich von einem theilbaren oder untheilbaren Gegenstand handelt, ob die Hauptobligation solidarischer oder ratueller Natur ist, ob mehre Erben oder mehre Gesellschafter auftreten. Ein Heer von Schriftstellern und Urtheilssprüchen der verschiedenen Gerichte Frankreichs theilen sich hier in die verschiedensten Ansichten, erbaulich zusammengetragen in Chauveau zu unserm Artikel. Wir halten auch hier an unserm Princip fest: die Verurtheilung in die Kosten ist und bleibt eine Folge des bösartigen Streitens, wenn auch der nicht böswillige Prozeßführer aus Grundsätzen des allgemeinen Wohls als solcher behandelt wird. Jeder Litisconsort führt aber den Proceß für sich, sein Mitconsort hat kein Recht, ihn zurückzuhalten; jeder streitet daher, wenn auch in einem Proceßgange verbunden, für sich; seine Verbindlichkeit, Kosten zu ersetzen, hat ein persönliches selbstständiges Fundament.

---

146) Eine Anspielung auf eine sehr naive Aeußerung des P. C. H. Sir. XXXIII. 1. 347. attendu. que les depens du procès sont la peine à la charge du plaideur *malheureux* ou temeraire.

Es wird diese Verbindlichkeit nur in manchen processualischen Beziehungen als ein Accessorium der Hauptsache behandelt, ist aber keins; das Gesetz der eigentlichen Proceßaccessorien ruht auf einem ganz andern Fundamente, als jenes der Verbindlichkeit zum Kostenersatze. Das Argument, welches Schlink hier aufführt [147]), nämlich weil nach der Verfügung des Artikels 2016. c. c. [148]) selbst der nicht solidarisch verbundene Bürge sogar für alle Accessorien, und sogar für die Kosten einstehen müsse; so müsse also ein solidarischer Schuldner oder Bürge um so mehr dieser Verbindlichkeit unterliegen, scheint eben darum, weil auch ein nicht solidarischer Bürge für die Kosten steht, nicht schließend. Bei der Bürgschaft hat der Gesetzgeber sich die Interpretationsfrage gestellt und gelöst, ob stillschweigend die Bürgschaft als auch auf die Proceßkosten ausgedehnt anzunehmen sei? und hat dieselbe bejahend beantwortet, jedoch nicht unbedingt, vielmehr sollen nur die Kosten der ersten gerichtlichen Klage dem Bürgen zur Last sein, und dann jene, welche nachdem ihm der Proceß denuntiirt ist, wohl dadurch mit entstehen, daß er nicht, wie aus der Natur der Bürgschaft fließt, den Kläger klaglos stellt.

Ein Solidarverbundener ist an und für sich noch kein Bürge, die verschiedenen Solidarverbundenen stehen an und

---

[147]) Schlink l. c. S. 493. Auch zu vergleichen Rodière expostion raisonnée des lois sur la competence et de la procedure I. p. 392.

[148]) Art. 2016. c. c. Le cautionnement indifini d'une obligation principale s'etend a tous les accessoires de la dette, *même* aux frais de la première demande et a tous ceux posterieurs à la denonciation, qui en est faite a la caution.

für sich in keiner Rechtsverbindung, sie sind nur objectiv durch die Identität des Objects der Obligation verbunden, daher eine Analogie zwischen beiden Fällen nicht stattfindet. Womit durchaus nicht geleugnet wird, daß auch Solidarverbundene sich noch neben der Solidarität wechselseitig verbürgen können, was sich aber nicht von selbst versteht.

D. Aux depens. Die Ordonnanz drückt sich aus: aux depens indefinement; dieser Ausdruck findet sich im Code nicht wieder. Es können daher nur solche Kosten in die Condemnation fallen, die nothwendig waren, um den Proceß zur Entscheidung zu führen. Nun ist so viel zweifellos, daß nichtige Proceßschriften, actes nuls, oder frustratorische, das heißt solche, die zwar gegen keine Proceßregel anstoßen, die aber offenbar von den Gerichtsboten oder Anwälten nur gemacht werden, um die Kosten zu vermehren, nicht nur von der Gegenparthei nicht zu ersetzen sind, sondern daß sogar die Parthei deren Gerichtsbote oder Anwalt dieselben vorgelegt hat, sie diesem nicht zu ersetzen hat, hier kommt der rein disciplinäre Gesichtspunkt in Betracht [149]). In wie weit sie der Gegenparthei nicht aufgerechnet werden können, darüber braucht im Urtheile, welches die Kostencondemnation ausspricht, nichts gewahrt zu sein; es ist dieser Gegenstand der Kostenliquidation überlassen [150]). Eben so klar ist es, daß Proceßpunkte, die zu einem förmlichen Incidentverfahren Veranlassung gegeben haben, nicht

---

[149]) Art. 1031. c. de proc. Les procedures et les actes nuls ou frustratoires et les actes, qui auront donné lieu à une condamnation d'amende seront a la charge des officiers ministeriels, qui les auront faits.

[150]) Art. 65., 81., 82. und eine Reihe anderer Artikel c. de proc.

in die allgemeine Kostencondemnation aufgenommen werden dürfen; das Urtheil, welches über den Incidentpunkt entscheidet, muß den in demselben succumbirenden Proceßtheil verurtheilen. Diese Fälle erschöpfen aber die Sache nicht. Setzen wir den Fall, dem Kläger ist ein Beweis nachgelassen durch Zeugen Urkunden und Sachverständige, er ergreift alle diese Beweismittel, Zeugenverhör und Sachverständige geben kein Resultat, wohl aber der versuchte Urkundenbeweis. Wie ist es mit den Kosten des verunglückten Theils des Beweisverfahrens zu halten? Diese Frage ist durch keinen ausdrücklichen Gesetztext entschieden, denn es läßt sich von einem theilweisen Succumbiren nicht reden, wenn sich der Sieger in einem Mittel vergreift, die weiteste Interpretation läßt unter dem Ausdrucke Chef des Art. 131. nicht moyen verstehen. Das Raisonnement giebt Gründe für die Ansicht, daß der Besiegte auch diese Kosten zu bezahlen habe, weil er auch den verunglückten Versuch veranlaßt hat, und oft diese Erfolglosigkeit keineswegs dem Beweisführenden zur Schuld zu rechnen ist; aber eben so möchte der Besiegte, mit dem so strenge Rechnung geführt wird, auch für die Ansicht, daß ihm solche Kosten nicht zur Last gesetzt werden können, behaupten dürfen, daß wenn man ihm blindlings den Nichterfolg zur Schuld anrechnet, auch der Sieger keinen Freibrief haben solle, auf seinen Beutel hin zu experimentiren. Wir sind geneigt, für eine Kostenmoderation auch in diesem Falle zu stimmen, weil wir darin die Erklärung finden, warum der Ausdruck *indefinement* der Ordonnanz weggelassen ist. Die uns bekannte Praxis der rheinhessischen Gerichte stimmt mit dieser Meinung überein. Diese Ausscheidung kann aber nicht durch den taxirenden Richter geschehen, vielmehr muß das Gericht in

seinem Urtheil den Theil der Proceßkosten ausscheiden, die in der Kostencondemnation nicht begriffen ist.

§. 7.

Ein Rechtsstreit kann sein Ende erreichen nicht nur durch ein richterliches Urtheil, sondern auch:

1. Durch einen Vergleich; auch hier muß das zur Anwendung kommen, was bereits gemeinrechtlich bemerkt wurde, daß wenn die Partheien nichts über die Proceßkosten ausmachen, eine Kostencompensation eintritt, weil in der Regel in jedem Vergleich eine mutua victoria liegt, weil ferner die Sache eben durch denselben zu keinem Urtheile geführt werden kann, sohin selbst wenn der Beklagte dem Kläger vergleichsweise sein ganzes Recht anerkennt, durchaus kein Mittel vorliegt, um eine Kostencondemnation zu erwirken.

2. Entsagt der Kläger seinem Rechte, in der Entsagungsurkunde; ist aber über den Rechtsstreit nichts bemerkt, so hat dieser durch eine solche Renuntiation formell sein Ende nicht erreicht, vielmehr wird nunmehr der Beklagte auf den Grund dieser Erklärung die Klage abweisen lassen und eine Kostencondemnation erwirken. Da der Kläger hier immer succumbirend ist, so wird es keinen Unterschied machen, wenn derselbe erst im Gefolge eines vom Beklagten geführten Beweises u. s. w. entsagt. Die Const. 9. §. 2. Cod. de fruct. et lit. sumpt. kann so wenig für den Kläger in Anwendung kommen, als wenn der Beklagte im Laufe des Rechtsstreites dem Klageantrag acquiescirt; stellt er den Kläger nicht auch reell in jeder Beziehung klaglos, so wird durch ein solches Acquiesciren der Rechtsstreit nicht beendigt,

sondern auf einfache Beurkundungen und Condemnationen zurückgeführt. Nur durch theilweises Nachgeben von einer oder der anderen Seite kann, wenn der Beklagte den Kläger, so weit er nachgegeben, klaglos gestellt hat, nunmehr der Kläger allein in die Kosten verurtheilt werden; geschah dieses nicht, so können die Richter die Kosten compensiren. So wie man dem Rechte entsagen kann, ohne den Rechtsstreit zu beendigen, so kann man auch dem Rechtsstreite entsagen ohne dem Rechte; ja unter Desistement, desister im französischen Processe wird, dem römischen entgegengesetzt, vorzugsweise ein Renuntiiren auf die Instanz verstanden. Während also nach römischem Rechte derjenige, der dem Rechtsstreite entsagt, will er sein Recht erhalten, sich dasselbe ausdrücklich vorbehalten muß, wird dieser Vorbehalt im französischen Rechte schon von selbst verstanden. Aber auch nach diesem Rechte hat der Beklagte einen solchen Abstand nicht anzunehmen, insofern er nicht, statt die Hauptsache in den Proceß zu ziehen, selbst nur eine Form- oder eine declinatorische Einrede vorbrachte. Dieser Rechtssatz geht auch für den französischen Proceß aus der Befugniß des Beklagten hervor, in contumaciam des Klägers eine Entscheidung zu provociren, so wie es in der Natur der Sache liegt, daß, wenn auch das französische Recht keinen Provocationsproceß kennt, dem Beklagten, ist er einmal vor Gericht belangt, das Recht zustehen muß, das strittige Rechtsverhältniß ein für allemal richterlich feststellen zu lassen. Höchstens könnte man einen freien Abstand gestatten, wenn der Beklagte noch keinen Anwalt bestellt, daher den ihn offerirten gerichtlichen Kampf noch in keiner Weise acceptirt hat [151]). Hat der Beklagte den Abstand angenommen, so kann es natürlich zu einer förmlichen Kostencondemnation

nicht mehr kommen; hier tritt aber ein analoges Verfahren ein wie nach der Ordonnanz, wenn das Gericht die Condemnation unterließ. Das Gesetz knüpft an den Abstand schon von selbst die Verbindlichkeit, die Kosten zu entrichten; ist der Abstandsvertrag angenommen, so erfolgt die Kostentaxation auf diesen gerichtlichen Contract hin.

4) Endlich kann nach französischem Processe ein Rechtsstreit als solcher, daher die Instanz in der Regel dadurch ein Ende erreichen, daß beide Theile während drei Jahren keine processualischen Schritte thun, welche den Streit seiner Entscheidung näher bringen [152]). Es hat in diesem Falle der Beklagte das Recht, einen gerichtlichen Antrag auf Erklärung, daß die Instanz erloschen sei, zu stellen, und vom Augenblicke an, wo dieser Antrag gestellt ist, kann der Klä-

---

[151]) Art. 402., 403. c. de pr. Schlink l. c. S. 226. *Boitard* ad h. art. *Chauveau* ad h. art. 1459.

[152]) Art. 395—401. c. de proç. So wie wir es im Texte umschrieben haben, dürfte dem Geiste des Instituts nach der Sinn des Ausdrucks actes valables im Art. 399. ibid. zu nehmen sein. Nichtige Proceßschritte sind keine, sie sind bestimmt keine actes valables; darauf, ob sie in der Kostentaxe passiren, kann natürlich auch nichts ankommen, wenn zum Beispiel der Beklagte duplicirt; dagegen scheint er uns nur als Umgehung des Gesetzes betrachtet werden zu können, wenn, wie dieses in Praxi so oft geschieht, ein Kläger, der die Sache nicht austragen und auch nicht fallen lassen will, am Ende der drei Jahre den Beklagten auffordert, in einer Sitzung zu erscheinen, um die Sache zum Vortrag fixiren zu hören, ohne dieselbe zu verfolgen, also einzig und allein in der Absicht um die Peremption zu unterbrechen. Der Zweck des Gesetzes ist den Kläger zu nöthigen, binnen drei Jahren den Proceß auszutragen, ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant, sagt die Const. 13. Cod. cit. Freilich ist das Mittel, welches der Gesetzgeber ergriff, sehr unvollständig, aber das darf nicht dahin führen, daß man es auf eine wahrhaft spöttische Weise umgehen kann. Uebrigens ist der Punkt äußerst bestritten.

ger nichts mehr thun, um die Instanz aufrecht zu erhalten. Das Ganze scheint den Vorschriften des römischen Rechts in Const. 13. Cod. de judic. nachgebildet zu sein. Der Beklagte hat daher nach französischem Rechte das Recht erstens zu jeder Zeit dadurch, daß er den Kläger auffordert vor Gericht zu erscheinen, eine Entscheidung der Sache herbeizuführen, wenn der Kläger auf diese Aufforderung erscheint; erscheint derselbe nicht, so wird gegen denselben par defaut entschieden, und es erfolgt entweder Absolution von der Instanz, oder Entbindung vom Klageanspruch je nach der Lage der Sache; sodann kann er in dem hier behandelten Falle mit Peremptionserklärung von der begonnenen Instanz frei werden. Da der Nichtbetrieb der Sache dem Kläger zur Schuld gerechnet wird, so muß er, obschon er alle Vortheile aus der bisherigen Proceßinstruction, in soweit nicht schon über ein materielles Recht definitiv entschieden ist, verliert, dennoch sämmtliche Kosten entrichten [153]).

---

[153]) Nach der im Texte angedeuteten Ansicht gehen auch alle interlocutorischen Verfügungen zu Grunde, selbst solche, die über die Zuläßigkeit eines Beweismittels entscheiden. Freilich behandelt das französische Recht die Lehre von den Beweismitteln nicht in dem Code de procedure, sondern im Code civil; formell kann aber die Frage über die Zuläßigkeit eines Beweismittels nur incidenter bei Gelegenheit eines anhängigen Rechtsstreites geltend gemacht werden. Eben aus demselben Gesichtspunkte werden Zugeständnisse, mögen sie gerichtlich beurkundet oder in den Zustellungen vom Anwalt zu Anwalt consignirt sein, und selbst, wenn die Parthei selbst die Urkunde unterzeichnet hat, kraftlos; Geständnisse bilden Beweismittel in weiterem Sinne; das processualische Verfahren ist darauf berechnet, dieselbe herbeizuführen, sie bilden sohin ebenfalls Proceduracten und gehen mit dem Processe zu Grunde, so wie erhobene Zeugenaussagen, Urtheile von Kunstverständigen u. s. w. Uebrigens war dieser Punkt schon unter den Glossatoren streitig, und ist es heute noch.

B. Preußische und österreichische Gesetzgebung.

§. 8.

Die allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten behandelt die Lehre von den Proceßkosten in ihrem I. Theile 23. Titel in einer Reihe von nicht weniger als 24, mitunter sehr langen, vielgliedrigen Paragraphen, wogegen die österreichische allgemeine Gerichtsordnung für Böhmen u. s. w. von 1781 dieselbe Lehre in ihrem 37. Capitel in den sehr kurzen und präcisen Artikeln 398 bis 401. darstellt. Beiden Gesetzgebungen dient wieder die Grundansicht zur Unterlage, daß die Kosten nur von dem temere litigans zu tragen sind, daß also, wie dieses gemeinrechtlich der Fall ist, nur die mala fides des muthwilligen Processers bestraft werden soll. Das preußische Recht sucht jedoch in seinem Streben nach Vollständigkeit die Fälle der Kostencompensation zu erschöpfen, stellt die Regel victus victori in expensas condamnandus an die Spitze als Regel, und zählt als Compensationsgründe auf: Unwissenheit des Factums, Zweifelhaftigkeit des Beweises und Unsicherheit des Rechtes mit dem Bestreben möglichst vollständig zu sein; das österreichische Gesetzbuch schlägt den umgekehrten Weg ein, es bestimmt zwar auch, daß der Succumbent die Kosten zu ersetzen hat, fügt aber zu der Regel gleich die Ausnahme, „ausgenommen, wenn der Richter aus erheblichen Ursachen die Gerichtskosten zwischen beiden Theilen aufzuheben fände,“ und schließt nunmehr die Fälle aus, wo ein richterliches Arbitrium nicht eintreten darf, nämlich a) wenn der Sachfällige seine eigenen Handlungen, worauf die Entscheidung der Sache beruhte, widersprochen hat und deren überwiesen wird; b) wenn der Sachfällige gegen den

klaren Buchstaben des Gesetzes gestritten hat; c) wenn er in der Hauptsache gar keine Rede und Antwort gegeben hat; d) wenn er wider den Spruch der ersten Instanz die Appellation ergriffen hat und in zweiter Instanz ebenfalls sachfällig geworden ist.

III. Legislatorischer Gesichtspunkt.

§. 9.

Wir haben zwei Systeme, und von einem Systeme zweierlei Arten der Auffassung vor uns. Das französische System, welches ein für allemal Kostencondemnation verlangt, und nur im Falle der mutua victoria eine Ausnahme statuirt, die eigentlich nur als eine modificirte Anwendung der Regel dienen kann, und die schlechteste unter allen, welche die Juristen auf eine falsche Anwendung des beneficii competentiae stützten, adoptirt, nämlich bei Rechtsstreiten unter Verwandten, haben wir in der ganzen bisherigen Darstellung beurtheilt und verurtheilt. Dieses Recht geht entweder von der lügenhaften Fiction einer im französischen Rechte durchaus nicht bestehenden Rechtssicherheit aus, abgesehen davon, daß thatsächliche Unsicherheit durch keine Gesetzgebung gehoben werden kann, oder sie beruht auf dem alten gallischen Vae victis; beide Gesichtspunkte empfehlen sich keiner gerechten Gesetzgebung. Es giebt noch zwei politische Gesichtspunkte, die man für die schroffe Anwendung der Regel anrufen kann: das Gefährliche dem richterlichen Ermessen zu Vieles zu überlassen, und die Furcht, das Proceßführen zu erleichtern, daher zu begünstigen, wenn man

dem Beklagten die Aussicht auf Kostencompensation eröffnet. Was den ersten Punkt angeht, so wollen wir weiter unten darauf zurückkommen; die Erleichterung und die dadurch entstehende Vervielfältigung der Rechtsstrette mag allerdings ein Uebel sein, es scheint uns aber nicht zu genügen, um eine offenbare Ungerechtigkeil zu sanctioniren. Selbst auf dem Gebiete des weit gefährlicheren politischen Kampfes hat die neuere Zeit dem Grundsatze den Stab gebrochen durch Verkümmerung des Gebrauchs, dem möglichen Mißbrauche zu steuern; die ungelenkige Regel der Kostentragung bildete auf dem Gebiete des bürgerlichen Kampfes eine Prävention, die von vornen herein wissentlich ein Unrecht sanctionirte, um den gerechten und durch die ganze Staatseinrichtung gebotenen Gebrauch der vorzüglichsten Staatsanstalt mit Schwierigkeiten zu übersäen. Mit welchem, auch nur Schein von Recht läßt sich ein Succumbent in die Kosten verurtheilen, der für die Ansicht, die er behauptet, die Autorität des höchsten Gerichtshofs des Landes für sich hat, eines Gerichtshofs, der, wie man sagt, gar nicht im Interesse der Parthei, vielmehr im Interesse des verletzten Gesetzes urtheilt, dessen Aussprüche sohin, der Natur der Institution nach, als die Ergänzungen des Gesetzes zu behandeln sind? Wenn nun ein solcher Gerichtshof, als viva vox legis, in einem solennen Ausspruch ein Urtheil wegen Rechtsverletzung cassirte, eine Parthei den sanctionirten Grundsatz für normativ hält, und im Vertrauen auf denselben ihr Recht vertheidigt, der Gerichtshof später ausspricht, daß seine Allwissenheit ihn bei der ersten Gelegenheit dennoch im Stiche gelassen, die Wahrheit sich seiner ersten Forschung entzogen, und tiefer unter dem Schutte des Irrthums liege, als er es damals wähnte, wie will

das Gesetz einem solchen Richter nur zumuthen, den Unterliegenden in eine Unsumme von Kosten zu verurtheilen und ihn zu strafen, weil er dem Orakel traute? Ist nicht zu fürchten, daß gerade diese Betrachtung den Richter verleite, lieber in dem entdeckten Irrthum zu beharren, als zu solcher Ungerechtigkeit sich zu entschließen? Die französische Gesetzgebung hat zwar den Beweis formalisirt, und hat schon hierdurch einen großen Theil des materiellen Rechtes dem formellen geopfert [154]), aber immer noch ist die Beweisfrage eine schwierige, und ein fremdes Factum nicht selten ein außergerichtlich unerforschliches. In allen diesen Fällen geschieht sohin mit der Kostencondemnation ein offenbares Unrecht, und der Unrechtleidende soll sich mit dem Troste befriedigen, er müsse zahlen, damit er einem Anderen, der sich eine Schlechtigkeit vorsetzen, und dem es gelingen könnte, derselben den Mantel des Rechts umzuwerfen, als warnendes Beispiel diene! Wir geben sohin unbedingt dem Systeme, welches das Gemeine Recht aufgegriffen hat, und auch der Darstellung des österreichischen Gesetzbuches zu Grunde liegt, welches dem Richter sagt, in welchen Fällen er nicht compensiren dürfe, vor dem preußischen, welches auf eine vollständige erschöpfende Darstellung der compensabeln Fälle Anspruch macht, den Vorzug. Wir halten aber beide Wege für verwerflich, und möchten wünschen, daß ein neues Gesetzbuch sich, wenn dieses noch nöthig ist, mit der Angabe des Grundsatzes begnügte, daß der Unterliegende, von dem der Richter bei Erlaß seiner Entscheidung anzunehmen sich aus der ganzen Sachlage berechtigt glaubt, daß er entweder wider besseres Wissen gestritten, oder daß

[154]) Vergl. die dritte Abhandlung.

es ihm möglich gewesen wäre, bei einem gehörigen Grade von Fleiße und Nachforschung sich von seinem Unrechte zu überzeugen, in die Kosten zu verurtheilen sei; daß der Richter, er mag in die Kosten verurtheilen oder compensiren, dieses ausdrücklich thun müsse, so wie er auch diesen Theil seines Urtheils sattsam zu motiviren habe. Die Anwendung des Satzes bleibe dem richterlichen Ermessen ohne alle formelle Beschränkung überlassen,; das Verbot, den Kostenpunkt mit Stillschweigen zu übergehen, so wie das Gebot, das Urtheil auch in diesem Punkte zu motiviren, scheinen uns hinlängliche, aber auch genügende Garantien gegen richterliche Willkühr und richterlichen Schlendrian, zudem wenn man auch hier an den zulässigen Instanzenzug denkt. Wir wissen recht gut, daß man von einem gewissen Gesichtspunkte aus dem richterlichen Ermessen feind ist; man zieht es vor, eher das Rechtsleben in enge, ungelenkige, steife Regeln zu bannen, als der richterlichen Beurtheilung den Fall in seiner ganzen Individualität heimzugeben. Man zieht das strictum jus dem jus aequum vor. Es ist nicht zu leugnen, daß ein zu großer Spielraum für das jus aequum zu Ungerechtigkeiten führen kann, aber eben so übel steht es mit dem unbedingten strictum jus; dieses verdirbt das Rechtsgefühl an der Wurzel, jenes vergiftet die Blüthen. Dieses setzt das Unrecht schon thetisch an die Stelle des Rechts, und führt zu einem Rechtssysteme, das man den Codex der Schlechtigkeit der Pfiffe und Kniffe nennen kann, in welchem es sich um die Kunst handelt, der zu einem eiskalten Buchstaben erstarrten Rechtsidee auf eine geschickte Weise das Garaus zu machen; jenes kann nur gemißbraucht werden, läßt aber dem wirklichen Rechte seine Herrschaft. Jede Rechtsbildung geht zwar von dem stric-

tum jus aus, es verfällt aber alsbald dieser Absolutismus wie jeder andere. Die Vollblüthe des römischen Rechts war in dem prätorischen Recht zu finden. Freilich ist es die große Aufgabe einer Gesetzgebung, hier die richtige Mitte zu treffen und nach keiner Seite auszuschweifen; nie wird es aber gut sein, ein gefesseltes Richteramt zu schaffen, dem man jede Beurtheilung des einzelnen Falles entzieht. Das Recht in den Gerichtshöfen würde kaum die Maske des wahren Rechts mehr darstellen, die Gerichte würden zu Gesetzmarionetten herabsinken, und die Richterstellen Versorgungsanstalten werden für ausgediente Corporalstöcke. Das Leben erträgt diesen Despotismus nicht lange, und die Clauseln sine dolo malo oder dolum absuturum schmuggelten das freie Princip in die gestrenge Stipulationsform. Das richterliche Ermessen kann in keiner Gesetzgebung entbehrt werden; das französische Recht entbehrt es so wenig wie jedes andere, und es hat sich selbst da Bahn gebrochen, wo man es formell auszuschließen wähnte, z. B. bei der Lehre der Proceßnullitäten, wo man ihm positiv und negativ gesetzliche Schranken zu setzen suchte [155]). Ist nun dem so, so findet sich kein Grund, warum man in Bezug auf den Kostenpunkt schwieriger sein sollte? Schon der Code de procedure ging weiter als die Ordonnanz, und letzterer gelang es nicht, über das wirkliche Recht in ihrer ganzen Strenge den Sieg davon zu tragen. Wir müssen daher auch hier der Grundansicht des gemeinen Rechtes das Wort sprechen.

---

[155]) Art. 1029., 1030. c. de proc.

Dritte Abhandlung.

Betrachtungen

über die Frage: ob öffentlicher und mündlicher Proceß nach französischem Systeme, oder durch den Richter geleiteter Schriftenwechsel mit mündlichem Schlußverfahren?



Einleitung.

Von einem Theile Deutschlands bis zum andern ertönt der Ruf nach einer gründlichen Reform des Civilprocesses, und dabei bildet das Verlangen nach Mündlichkeit und Oeffentlichkeit auch im Civilverfahren das Losungswort. Manche glauben vielleicht, mit diesen beiden Stichwörtern den Character des französischen Processes hinlänglich bezeichnet zu haben, und halten mit einigen allgemeinen Phrasen die Sache für abgemacht. Damit ist aber über den innern Character des Proceßverfahrens noch gar nichts gesagt. Es liegt auf flacher Hand, daß die Oeffentlichkeit zwar die Mündlichkeit, oder besser Mündlichkeit voraussetzt, daß sie aber an und für sich auf den eigentlichen Proceßmechanismus gar nicht einwirkt; so daß die Meinung nicht selten auftauchte, man könne sie entweder ganz entbehren, oder doch auf gewisse privilegirte Personen beschränken, als auf Advocaten, Accessisten, Gerichtsangestellte u. s. w., und nicht minder die mündliche Proceßform pflegen; Andere aber wieder der Ansicht huldigten, es ließe sich die Gerichtsöffentlichkeit sogar auf die vom Gerichtscollegium zu pflegende Berathung ausdehnen. Daß diese Ansicht irrig ist, daß wenn auch keine processualischen Gründe dennoch poli-

tische dafür sprechen, die unbedingteste Oeffentlichkeit der Partheiverhandlungen festzustellen, jedoch auch nicht weiter zu gehen, wollen wir mit wenigen Worten darthun. Schwieriger ist die zweite Seite der Sache. Der französische und der gemeinrechtliche Proceß sind in ihrem Grundprincipe so sehr verschieden, daß nur durch eine genauere Antithese der beiden Formen die Frage beantwortet werden kann, ob die Mündlichkeit des Processes ohne Weiteres in den deutschen Proceß herüber getragen werden kann, und umgekehrt, welche Theile dieses Processes sich dem französischen anpassen lassen. Die Sache hat ihre sehr bedeutende Schwierigkeit, und gelingt es uns, durch unsere Parallelisirung eine klarere Einsicht in den inneren Bau dieses Verfahrens zu verbreiten, so glauben wir, keine unnütze Arbeit unternommen zu haben. Nebenbei werden wir auch die Noten benutzen, um unsere Ansicht über manche gelegentlich zur Sprache kommenden controversen Punkte des französischen Processes zu äußern, vorzüglich wenn auch dadurch ein besseres Verständniß des Textes vermittelt wird.

---

§. 1.

Wir halten das Schwesterpaar, die Oeffentlichkeit und die Mündlichkeit, wie bereits angedeutet, für unzertrennlich, und finden in der Oeffnung des Gerichtssaales nicht eine Concession, die man ohne innern Grund der öffentlichen Meinung macht, vorbehaltlich dieselbe wieder zurückzunehmen, wenn jene nicht mehr so laut ist, oder überhaupt von ihrem Irrthume zurückkömmt; sondern eine Nothwendigkeit, wenn

die Mündlichkeit gedeihen soll. Unsere Gründe sind folgende:

Der Civilproceß versirt in der Regel nur über Fragen über das Mein und Dein. Bei jedem einzelnen Rechtsstreite ist dem Staate von seinem höheren politischen Standpunkte aus das nächste Interesse, welches die Kämpfenden in Bewegung setzt, gleichgültig. Ob der Kläger um ein Sachenrecht reicher oder ärmer ist, ob ihm an den Beklagten ein Forderungsrecht zustehe oder nicht, was kann dem Allgemeinen daran liegen? Würde indessen dieser Gesichtspunkt das ganze Verhältniß ausschließlich beherrschen, so würde der Staat bei Entscheidung eines jeden Rechtsstreites die strengste Neutralität beobachten; ihm würde es genügen, wenn er zur Vermeidung der Selbsthülfe, und der etwa darunter leidenden öffentlichen Ordnung die Streitenden nöthigte, ihre Differenz einem dritten Unpartheiischen zur Ausgleichung vorzulegen. Es ist bekannt, daß eine ähnliche Einrichtung unter der freien Republik zu Rom galt, daß man an diese sogar den Gedanken der politischen Freiheit knüpfte, und daß diese Institution erst am Ende der heidnischen Kaiserzeit sich vollständig ablebte. Indessen auch damals blieb der Staat nicht ohne Theilnahme an dem Civilprocesse; gab er auch die Entscheidung für den concreten Fall nicht, so gab der Volksbeamte in der Vollkraft einer magistratischen Souverainität, mindestens den Rechtssatz an, über welchen der Partheistreit wie über eine feste Schranke nicht hinaus reichen durfte. Hier stehen wir aber gerade an dem Punkte, wo das Staatsinteresse sehr lebhaft ist, weil es sich nicht mehr um das untergeordnete Privatinteresse des einzelnen Rechtsstreites, sondern um das darüber schwebende, nämlich jenes die Rechtsidee zu sichern und zu garanti-

ren handelt. Und zwar kann es dem Staate nicht einmal genügen, wenn er diese Herrschaft gesichert hat; nein, es muß auch dieser fortwährende Triumpf des Rechts über das Unrecht hell glänzen, wie die Sonne am Firmament. In so weit wirkt eine gute gediegene Civiljustiz moralisirend und sie wirkt eben deswillen auch präventiv. Es ist eine Sache der Erfahrung, daß gleich mit einer energischen, durchgreifenden und gediegenen Rechtspflege im Augenblicke die Rechtsstreite sich vermindern; umgekehrt jemehr Aussicht das Unrecht und die Chicane zum Siege und zur Rechtsverschleppung haben, desto häufiger das Proceßduell wie ein Lotteriespiel gewagt wird. Die Civilproceßgebung verfolgt im Ganzen kaum einen geringern allgemeinen Zweck als der Criminalproceß; und wenn der Staat hier nicht so kräftig eingreift, so liegt der Grund darin, daß einmal ein zu selbstständiges Auftreten des Staates die Idee des Rechts, als eine Privatwillkühr zerstören, und eine unerträgliche Bevormundung herbeiführen würde, dann weil der Staat sich in der Regel darauf verlassen kann, daß die Bürger schon ohnehin für ihr Privatinteresse thätig sein werden.

Will daher der Staat diesen Zweck erreichen, so nützt es ihm gar nichts, wenn seine Beamten das Bewußtseyn, recht zu handeln in sich tragen, und in gefälliger Selbstbeschauung in ihrem reinen Seelenspiegel sich über äußere Anerkennung hinaussetzen. Der Beamte soll nie nach Popularität streben; der Staat muß es, weil nur in der ihm widerfahrenden Anerkennung das Mittel liegt, wodurch er seinen Zweck erreichen kann. In das Volksbewußtseyn, also in's Leben kann die Rechtsidee nur da dringen, wo mindestens jeder sich von ihrer Herrschaft überzeugen kann. So war es in allen freien Staaten, so war

es bei unsern Vorvätern, und so wird es auch bei uns werden. Wenn sohin auch die Oeffentlichkeit nicht die unbedingte Folge der Mündlichkeit wäre, so müßte umgekehrt die Mündlichkeit eingeführt werden, weil sie die Oeffentlichkeit bedingt.

Wir mußten diese Seite berühren, weil wir ohne den Vorwurf zu großer Unvollständigkeit zu verdienen, ein so wichtiges Moment nicht übergehen konnten; das Verhältniß hat aber auch noch eine andere Seite, die sehr herausgehoben zu werden verdient. Nicht das Materielle der Rechtssprechung soll durch die Publicität der Gerichtssitzungen controlirt werden, dazu ist sie in der Regel untauglich. Wie will auch das Publikum, wäre es sogar durchaus rechtsgelehrt, ein Urtheil über eine Entscheidung haben, die nicht selten erst Monate in öffentlicher Sitzung erfolgt, nachdem die Sache verhandelt wurde, und das daher ein ganz anderes ist, als das, welches der Verhandlung beiwohnte? Sie ist zu diesem Zwecke unzulänglich, weil die Thüre des Gerichtssaals wohl offen steht, aber sehr oft sich keine Zuhörer einfinden; sie könnte sogar durch bessere Mittel ersetzt werden, wenn die Gerichte angehalten würden, schon von Amtswegen, wo eine durch die zur Sprache kommende Rechtsfrage oder durch die vorwaltenden factischen Verwickelungen wichtige Sache entschieden wird, auf Antrag der Staatsbehörde, ihre Entscheidungen durch die Presse bekannt zu machen. Weil man die Publicität von dieser Seite vertheidigte, hatten ihre Gegner leichtes Spiel, eine solche Controle und daher die Sache selbst in's Lächerliche zu ziehen. Die Publicität soll aber auch das Formelle der Rechtssprechung sichern, und dazu ist sie aus mehr als einem Grunde unentbehrlich. Wir

unterstellen ein Richtercollegium und einen geschlossenen Advocatenstand, die sich, natürlich in die Richter- und Partheirollen theilen. Diese Männer stehen in der Regel auf derselben Stufe wissenschaftlicher und socialer Bildung; sie stehen sogar vielleicht in Clubs-, Casino-, Spiel-, Thee-, Schmäuse-Verbindung zusammen; sie sehen sich ohnehin fast jeden Tag, weil die Gerichtsgeschäfte sie zusammenführen. Wie leicht bildet sich hier eine gewisse gemüthliche Vertraulichkeit? Man fängt an sich die Beobachtung unbedeutend scheinender Formen nachzusehen. Wer möchte es denn so streng nehmen mit einer leeren Form und zudem bei Leuten, mit denen man ewig zwischen der gestrigen und heutigen l'hombreparthie schwebt? die Vorträge schmelzen zu Conversationen herab, man erzählt sich Zeitungs- und Stadt-Neuigkeiten, plaudert auch ein wenig Proceßgeschichte dazwischen, und allmählich sinkt das Ganze zu einer gehalt- und würdelosen Scheinverhandlung herab; es kann sogar soweit kommen, daß die Rechtsstreite anderswo vorgetragen und entschieden werden, als im Gerichtssaal. Diese Gestalt wird die Sache annehmen, wenn sich zwischen dem Gerichtspersonale ein vertrauliches, zuthunliches, laxes Verhalten entspinnt, wie dieses nur zu leicht eintritt, wenn das Gericht an kleinen Orten seinen Sitz hat, wo die sogenannten Honoratioren sich in geringer Anzahl befinden, und nach den einmal noch bestehenden Standesvorurtheilen im Leben auf einander hingewiesen sind. Statt dieses vertraulichen Ineinanderhineinleben kann sich aber umgekehrt ein andres nicht weniger gefährliches Uebel herausstellen. Beamtenstolz und Magistratendünkel können die Richter verleiten sich zu überheben, in den Partheiorganen nur feile Zungendrescher, Rechtsverdreher, Proceßwühler

und Proceßränkeschmiede zu erblicken, die ohnehin unbequem sind, weil sie die Arbeit herbeischaffen, verwickeln und schwierig machen. Ohne die feinen Rechtsdeductionen des Anwalts, ohne die scharf zugespitzten Mittel hätte sich der Proceß, der kaum so viel werth ist, als die gestörte Siesta des mit einem Theile der Staatsgewalt betrauten dünkelhaften Magistraten, vielleicht gar nicht erhoben, jedenfalls wäre er mit Leichtigkeit entschieden worden. Ein Präsident ist träge, ihn irritirt jede Arbeit, ein Andrer hat Temperament, faßt leicht, hat mit Blitzesschnelle sein Urtheil fertig, und soll noch ruhig den Advocaten anhören, der vielleicht noch viel Gutes vorzubringen hat, aber an einem schweren Sprechorgane leidet, von einem mißliebigen Aeußern ist, oder aus sonst irgend einem andern Grunde die Sympathie des Vorsitzenden verscherzt hat. Beide werden unwillig, herrschsüchtig, tyrannisch, lassen sich leicht zu beleidigenden Aeusserungen verleiten, die nicht selten den besten, bescheidensten und gebildetesten Mann, der auf eine juristische Deduction, nicht aber in Schnelle auf einen abwehrenden Austausch von Ungebührlichkeiten gefaßt ist, einschüchtern und die Rechte der Partheien im höchsten Grade compromittiren. Wir entwerfen hier kein Phantasiegemälde, wir erregen keine Besorgnisse, die ein grübelnder Verstand ersinnt, um eine lieb gewonnene Thesis zu vertheidigen. Leben und Erfahrung sind uns die besten Führer, und nicht einmal das Portraitiren wäre uns schwer. Uebrigens stellen sich solche Mißstände ganz natürlich überall da ein, wo Menschen in verschiedener Stellung und in verschiedenem Interesse gleichzeitig mit einander zu handeln haben. Es währt nicht lange, so erscheinen Sympathien und Apathien; am lebendigen Wort entzündet sich die Flamme der Leidenschaft

leicht. Wenn die neueste Zeit so reich an Vorfallenheiten der bedauerlichsten Art ist, wenn beinahe in allen öffentlichen Versammlungen unter gleich Berechtigten und gleich Gestellten beim harten Anstoß warm gefühlter entgegenstehender Ansichten ein Wortkampf entbrannte, der sich nicht immer in den Schranken des Anstands und der convenirten Sitte hielt, mitunter sogar jene der Civilisation zu überspringen drohte; wie gefährlich möchte es sein, in verschlossenem Amtszimmer einen Präsidenten, stolz und aufgeblasen, voll von Tugend- und Wissenschafts-Bewußtseyn, unbewacht zu lassen, einem Manne gegenüber, den er als seinen Untergeordneten zu behandeln sich anmaßt? Leider ist sogar die Oeffentlichkeit nicht immer im Stande, die Handelnden in der Gränze der Achtung zu erhalten, welche sich gebildete Männer einander schuldig sind. Es finden sich Präsidenten, wie Pothier zu Orleans und Seguier zu Paris auch noch an anderen Orten, wenn auch die große Gelehrsamkeit des Einen und der hohe praktische Scharfblick des Andern etwas seltener sind. Wer möchte aber leugnen, daß dennoch der Mann, der sich dem Anblicke des Volks ausgesetzt sieht, der keinen Augenblick sicher ist, daß nicht unberufene Zeugen seiner Amtsführung eintreten, sich zu beherrschen suchen wird? Daß, wenn solche vulkanische Irruptionen bei manchen, mitunter den besten Charaktern nicht ganz vermieden werden können, die Oeffentlichkeit dieselben auf den Minimalpunkt herabdrückt? Führte man Mündlichkeit ohne Oeffentlichkeit ein, so wagte man bald, jede würdige Proceßverhandlung entweder an einem hinwelkenden Marasm, oder an einer hitzigen Entzündungskrankheit absterben zu sehen.

Wenn wir daher Oeffentlichkeit der Verhandlung als

das einzige Vehikel betrachten, in welchem die Mündlichkeit zum Gedeihen gelangen und der Advokatenstand zur schönen männlichen Selbstständigkeit heranreifen kann, so können wir nicht auch die Oeffentlichkeit der Berathung des Richtercollegiums für gerathen halten. Es ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß auch diese Oeffentlichkeit von vortheilhaftem Einflusse auf das Materielle der Rechtspflege sein könnte. Dem allzubequemen Gerichtsmitgliede, das, wie mancher Schüler auf der Schulbank, statt auf die Vorgänge in den Verhandlungen zu achten, verstohlenen Blickes auf das neueste in die Audienz mitgebrachte Zeitungsblatt herabschaut, möchte diese Art dem Staate à rebours zu dienen vergällt werden. Nicht leicht möchte es sein, im Berathschlagungszimmer, während die Collegen berathen, die Ziegel des gegenüber liegenden Daches zu zählen, oder in mathematische Figuren zu zerlegen, und beim Abstimmen sich nach seinem gewohnten Vorstimmer zu richten. Nichtsdestoweniger möchte diese Art öffentlich zu berathen, ihre weit überwiegende Schattenseite haben. Wird gleich nach gehörtem Vortrag berathen, was doch die Regel bilden soll, so kann die Berathung nur dann gedeihlich sein, wenn jeder auch noch so unreife Gedanke sich ohne allen Rückhalt äußern kann, weil oft dieses der Weg ist, der auf den richtigen Satz führt. Wo aber öffentlich berathen wird, würde man in die Alternative verfallen, entweder auf die Aeußerung einer gewagten Ansicht verzichten zu müssen, oder eine Rechthaberei und blinde Disputirsucht in dem Collegium entstehen zu sehen, welche der collegialischen Justizpflege das Gift eines Partheikampfs einimpfte. Bald wird es aber wegen der Schwachen und Gewissenhaften, oder auch nur der nicht schnell Begreifenden Regel werden, bei jeder

einiger Maaßen zweifelhaften Sache eine eigene Gerichtssitzung zur Berathung festzusetzen. Jetzt bereitet sich jedes Mitglied des Collegs zu Hause vor, es faßt eine feste Meinung, denkt sie sich einseitig durch, überdenkt sich vielleicht einen glänzenden Vortrag, womit sie in Gegenwart des Publikums vertheidigt werden soll, und wir erleben bei Gerichte, was wir bei politischen Versammlungen schon gewöhnt sind, man spricht, um zu glänzen, um sich im Publikum zu rechtfertigen, die Berathung ist, wenn wir uns so ausdrücken sollen, nicht centripetal, man sucht sich nicht zu überzeugen, sie ist centrifugal, man will seinen Scharfsinn vor jenem der Uebrigen hellleuchten lassen; das Urtheil ist und bleibt das Resultat nicht der Berathung, sondern einer der Sprechübung folgenden Stimmenzählung. Wir haben hierbei nur auf die nobelste Schwäche des Mannes Rücksicht genommen, auf seinen Ehrgeiz; daß noch andere Schwächen große Berücksichtigung verdienen, haben wir nicht auszuführen. Das Leben und die tägliche Erfahrung weisen nach, daß nur eine ruhige, besonnene, durchaus freie, von jeder Phraseologie und von allen rhetorischen Künsten entbundene Besprechung unter einer verhältnißmäßig geringen Anzahl von Fachmännern einen Entschluß zur Reife bringt, bei welchem der Verstand eines jeden Einzelnen sein Schärflein beiträgt; öffentliche Debatten sind in der Regel Schaudebatten und Paradeaufzüge.

§. 2.

Sind wir auf diese Weise mit der Gerichtsöffentlichkeit im Reinen, so ist es mit dem, was wir unter der Mündlichkeit zu begreifen haben, nicht so einfach; diese

greift mehr und weniger in den innern Mechanismus des Processes ein, und läßt daher eine Reihe von Abstufungen zu. Wir können uns mehre Systeme denken; wir wollen drei angeben.

1. Auf dem einen Extrem ließe sich die Mündlichkeit der Art als Minimum denken, daß man sich dieselbe nur als eine Zuthat, als eine Zugabe zu dem heutigen schriftlichen Processe in der Weise dächte, daß der Rechtsstreit nämlich ganz so verhandelt würde, wie dieses auch heute nach gemeinem Rechte der Fall ist; der Schriftenwechsel bliebe wie bis hierher unter der Leitung des Richters. An die Stelle des Referats und Correferats von Gerichtsmitgliedern würden die Partheien selbst oder ihre Anwälte in freiem mündlichem Vortrag aus dem Inhalt der Akten Vortrag halten; sie würden nunmehr discutiren, und man könnte geneigt sein, ausschließlich in diesen Theil des Processes die Rechtsdeductionen zu verweisen, während dem Schriftenwechsel rein die Herbeischaffung des factischen Materials reservirt bliebe. Da die Entfernung der Rechtsdeduction aus den Schriftsätzen aber unmöglich mehr als eine Gebührenfrage bilden könnte, wenn man nicht ein Proceßverfahren anulliren wollte, wobei man sich im Schriftenwechsel dennoch erlaubt hätte auf die Rechtsfrage zurückzukommen (was absurd wäre); so könnte das eigentliche processualische Moment dieser Scheidung nur in der Sanctionirung des inversen Satzes gefunden werden: daß factische Verhältnisse, die nicht in den gewechselten Schriften vorgekommen sind, im Termin über den mündlichen Vortrag auf keine Weise benutzt werden dürften, daher präcludirt blieben. Wir hätten daher das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußdeduction.

2. Auf dem andern Extrem können wir uns ein Verfahren denken, wobei etwa, wie im altdeutschen Gerichtsverfahren, jede Schrift ausgeschlossen wäre; der ganze Proceß würde mündlich im Gerichte verhandelt werden; es bedürfte nicht einmal in jedem Falle einer den Verhandlungen vorausgegegangenen schriftlichen Ladung, und auch das Urtheil würde mündlich gefällt; nicht zu seinem Wesen gehörte eine schriftliche Ab- und Auffassung, wenn man auch zur Sicherstellung der Rechte der Partheien, und zur Erhaltung des Ausspruchs in später Zukunft für eine Aufzeichnung sorgte.

3. In der Mitte liegt das System des französischen Processes, der schriftliche Verhandlung unter den Partheien kennt; beim Verfahren vor Gericht aber von jeder Parthei fodert, daß sie, nicht ihrem Gegner, jedoch dem Gerichte, eine kurze Entwickelung der factischen und rechtlichen Momente des Rechtsstreites mit einem förmlichen Schlußpetitum schriftlich übergebe, ebenso, daß jeder im Verlaufe der mündlichen Verhandlung etwa noch weiter gestellt werdende Antrag schriftlich eingereicht werde, daß das Urtheil schriftlich redigirt, pronuntiirt, und auf die Gerichtsregister getragen werde, wenn auch die schriftliche Redaction der Pronuntiation nicht nothwendig vorausgehen muß [1]), endlich daß Beweise, die im Laufe des Processes aufgenommen werden, bald immer protocollarisch redigirt werden, wie dieses beim richterlichen Augenschein und dem Gutachten von Kunstverständigen der Fall ist [2]), bald nur im ordentlichen Verfahren; im summarischen Verfahren aber,

---

[1]) Art. 138. Cod. de pr.

[2]) Art. 298. 299. 317—319. ibid.

wenn die Sache durch Appellation an einen höhern Richter erwachsen kann, wie dieses beim Zeugenbeweise eintritt [3]). Wir sehen natürlich von dem Fall ab, wenn eine Sache schon nach der gesetzlichen Form instruirt, und mündlich vorgetragen ist, und der Richter nunmehr einen förmlichen Schriftenwechsel verordnet [4]).

Das rein mündliche Verfahren, wie es unter 2. angegeben ist, wird wohl Niemand einführen wollen; dafür sind unsere Verhältnisse zu sehr complicirt und ist unser ganzes Recht zu gelehrt. Dagegen wird man zwischen dem System des französischen Processes und jenem des gemeinen Rechts mit mündlichem Schlußverfahren sehr schwanken. Man könnte sogar bei einer geringern Vertrautheit mit dem französischen Processe zu der Ansicht gelangen, als wenn im Wesentlichen das französische Verfahren damit übereinstimmte, indem man schriftliche Ladung mit Angabe des Klagegrundes und des Petitums, und, mindestens im ordentlichen Verfahren, schriftliche Vertheidigung, defenses, und Replik, reponses, wieder findet; ja selbst bei Incidentpunkten eine schriftliche Zustellung von demjenigen ausgeht, der den Incidentpunkt erhebt, der Vertheidiger in demselben ebenfalls schriftlich antwortet [5]). Eine solche Ansicht wäre aber eine irrige, um dieses nachzuweisen, wollen wir, wie wir es bereits in der Einleitung angedeutet haben, an dem Gegensatz des gemeinen Processes die Eigenheiten des französischen klar machen. Wir thun dieses,

[3]) Art. 271. 410. 411. ibid.

[4]) Art. 95. seq. ibid.

[5]) Art. 75. seq. Art. 337. c. de proc. Art. 75. des Tarifs vom 16. Februar 1807.

ohne die Leistungen anderer bedeutenden Processualisten auf diesem Gebiete vorzüglich jene von Mittermaier zu übersehen, aber auch ohne darauf zu recurriren, weil wir glauben, daß in unseren mit Reformen so sehr beschäftigten Zeiten selbst ein Wiederholen in einer nur eigenen Art nicht ohne allen Werth sey.

§. 3.

Der gemeine deutsche Proceß, so wie ihn Gesetzgebung, Doctrin und Praxis ausgebildet haben, erfreut sich einer technischen Vollendung, die kaum übertroffen werden kann. Durch seine Schriftlichkeit hat er einen didactischen Gang gewonnen, der ihn mit Ausschneidung einer jeden naturwüchsigen ungeregelten Bewegung langsam, aber sicher ohne Peripetieen von Schritt zu Schritt seinem Ziele zuführt. Nie vorgreifend, ist er auch nie rückschreitend: seine Devise ist: Alles zu seiner Zeit, aber auch Alles zu seiner Zeit. Es ist nur ein andrer Ausdruck desselben Grundgedankens, wenn wir sagen, der deutsche gemeine Proceß zieht sich durch eine ineinandergreifende Kette von Handlungen, die abwechselnd von der einen Parthei dem Richter und der andren Parthei vorgenommen werden, wozu das richterliche Endurtheil den Schlußreif liefert, und wovon jede für sich betrachtet, ein Ganzes bildet, daher diesen Proceßabschnitt vollkommen abschließt. Es ist unserer Ansicht nach nur ein tieferer Einschnitt, eine massenhaftere Zerlegung, wenn wir Haupt- und Beweisverfahren als zwei große Abschnitte des Processes trennen; jenes bestimmt das rohe Material der Partheibehauptungen zu liefern, dieses den durch das richterliche Beweisinterlocut von seinen Ungehörigkeiten und Auswüchsen gesichteten Stoff einer

richterlichen Wahrheit zuzuführen, wovon Letzteres in das Gebiet des Ersteren, Ersteres aber nie in das Gebiet des Letztern überschreiten darf [6]). Daran knüpfen sich im deutschen Processe eine Reihe von Consequenzen, die wir nur insoweit herausheben, als wir den Gegensatz im französischen Processe nachweisen wollen,

Schon die Klageschrift soll die vollständige factische und, wo rathsam, auch die rechtliche Begründung der Klage enthalten, sie bildet keinen bloßen Libellus conventionis, keine Litisdenuntiation und auch keine actionis editio; was in der Klageschrift vorzubringen ist, kann, soll die Klage als substantiirt gelten, nur dort vorgebracht werden, und in dieser Beziehung soll die Replik höchstens eine genauere Zergliederung des Klagfactums, und eine entwickeltere Rechtsbegründung enthalten, es muß so zu sagen alles schon in Embryo in der Klagschrift enthalten sein, indem der Richter

---

[6]) A. A. ist Plank. Die Lehre von dem Beweisurtheil §. 37., der sogar eine mutatio libelli bis zum Beweisinterlocut zulassen will. Wir glauben, daß hierdurch der deutsche Proceß seine Einheit vollkommen verliert, und daher seinen einzigen Vorzug. Was soll daraus werden, wenn, nachdem sich dieser Prozeß von Termin zu Termin vielleicht nach Jahren bis zur Duplik durchgearbeitet hat, nunmehr der Kläger seinem Klagewerk eine Wendung giebt, und jetzt derselbe schwerfällige Weg, der, wenn er nicht sicher ist, gar nichts taugt, nochmals zurückgelegt werden muß. Suum cuique: dem französischen Processe seine Schwankungen, seine Elasticität, aber auch seine Leichtfüßigkeit, dem deutschen sein langsames Voranschreiten, seinen bedächtigen besonnenen Gang, aber auch keine Balancirkünste, sie gehören der Jugend, stehen aber dem Alter schlecht an. Daß der Aktenschluß möglicher Weise durch den Richter aufgehoben werden kann, wenn ihm noch manches unklar geblieben, das bildet einen Nothbehelf, wenn eben der Richter den Proceßwagen schlecht gelenkt hat, und sich abwegig findet; das beweißt aber nichts gegen die im Texte aufgestellte Behauptung.

möglicher Weise berufen sein kann, ohne daß ihm von irgend einer Seite noch weiteres Material geliefert werde, auf diesen Schriftsatz hin ein Endurtheil, oder eine Beweisinterlocution zu erlassen. Wo eine objective Klagecumulation gestattet ist, da muß auch schon die erste Klageschrift die Cumulation enthalten; es könnte nur Proceßverwirrung erzeugen, wenn mit der Replik eine neue Klage verbunden, die erste Sache um zwei Schriftsätze hinausgerückt und die ganze Proceßmaschine aus ihrer Bahn geworfen würde.

2. Noch viel schärfer ausgesprochen ist der angedeutete Grundgedanken bei der ersten vom Beklagten vorzunehmenden Proceßhandlung; hier ist die sogenannte Eventualmaxime ein Grundtyp des gemeinen Processes geworden; sie ist aber nicht nur durch die Proceßpolitik, sondern durch den ganzen Proceßbau geboten. Wo der ganze Proceß regelmäßig sich durch einseitige Handlungen windet, daher nothwendig zwischen Angriff und Vertheidigung, Gegenangriff und Gegenvertheidigung Termine eingeschaltet werden müssen, deren Beobachtung, abgesehen von offenem oder verstecktem bösem Willen, durch so viele Zufälligkeiten hinausgeschoben werden kann, wie soll da ein Rechtsstreit unter steter Beobachtung des audiatur et altera pars zu irgend einem sichern Stadium geführt werden, wenn der Schriftenwechsel sich in's Endlose ziehen kann?

3. Nichts ist im französischen Processe gewöhnlicher als die Proceßfigur, wo A gegen B mit einem Hauptpetitum, gegen C mit einem in der Begründung des Gesuchs gegen B sich fundirenden Gesuch auftritt, und dieser nunmehr auf die Eventualität hin wieder gegen B klagt. Daß die Sache sich auf solche Weise zwischen drei Partheien in Spiralform

gestaltet, ist der einfachste Fall; es kann dieser Zigzag durch eine zahllose Reihe von Personen gehen, indem in der Regel jeder Successor seinen Auctor, so groß die Kette sein mag, zum Processe zieht. Sind die Ladungsfristen abgelaufen, so handeln diese alle gleichzeitig, und mit einer bewundernswerthen Sicherheit; man denke sich einen deutschen Proceß, der sich durch einen Wald von Eventualitäten durchzuhauen hätte! Welche Schwierigkeit macht hier nur die Hauptintervention? Augenblicklich muß der bisherige Proceß sistirt werden, und die bisherigen Gegner haben sich unter den Banner der Genossenschaft zu reihen; so feindlich sie sich einander gegenüber gestanden haben. In solchen Fällen tritt der Gegensatz zwischen der Elasticität des französischen Processes und dem gemessenen geschnürstiefelten Gang des gemeinen Processes so recht klar an's Licht.

4) Wir kommen an das im deutschen Processe so überaus wichtige Beweisinterlocut, über dessen Natur, ob dasselbe als ein der Rechtskraft fähiges Urtheil, oder als bloses proceßleitendes Decret zu betrachten sey, die Doctrin nie einig werden wird [7]). Es ist dieses Interlocut nicht nur absolut

[7]) Plank in seinem oben angeführten so ausgezeichneten Werke, wie alles, was aus der Feder dieses Verfassers fließt, versucht die Frage historisch zu lösen, jedoch nach unserer unmaßgeblichen Ansicht, auf eine zu gekünstelte Weise. Was im alten deutschen Proceß dem neuen Beweisinterlocut gleicht, hat seinen Grund in der rein formellen Natur der zulässigen Beweismittel, so daß in jedem Falle zu entscheiden war, welche Beweismittel zuläßig waren, und wem das Recht des Beweises, der eidlichen Erhärtung seiner Behauptung zustand, während nach unserm Processe umgekehrt die Nothwendigkeit des Beweisinterlocuts in dem Mangel aller Förmlichkeit das Beweismittel zu finden ist. Was können uns gesetzliche Präsumtionen helfen, wenn

nothwendig mindestens für die Festsetzung der Beweisfrist, weil bei der gänzlichen Formlosigkeit der Beweismittel, der direkte Gegenbeweis unbedingt zulässig ist; sondern es scheint uns, als wenn für diese Nothwendigkeit in dem Gange des deutschen Processes noch ein anderer Grund zu finden sey. Da es die Eigenheit dieser Proceßform ist, daß die Partheien nie gleichzeitig handeln, so kann es durchaus nicht fehlen, wenn auch das richterliche Proceßleitungsrecht noch so vollständig ausgeübt wird, daß die Partheivorträge statt zu convergiren, ein Streben haben zu divergiren, jeder spricht seine eigene Sprache, es fehlt die Centralgewalt, die die auseinanderlaufenden Bestrebungen mit mächtiger Hand nach einem Mittelpunkt hin lenkt. Daher die häufigen Abwegigkeiten, die in den Wind hinein gestreuten Behauptungen, die verschwommen in einem Wortschwall, sich nicht selten in den Schriftsätzen der einen Parthei vorfinden, ohne daß man ein präcises Ja oder Nein in den Schriften der andern Parthei finde. Die richterliche Proceßleitung kann nur für das Gröbste sorgen, ist durch die Verhandlungsmaxime beengt, und wollte sie von ihrem Fragerecht Gebrauch machen, so wagte sie nicht nur selbst eine Proceßverschleppung zu veranlassen, sondern statt eine einfache präcise Antwort zu erhalten, wieder eine dickleibige Schrift entgegennehmen zu müssen, die die Sache noch

man in der einfachen Form des Gegenbeweises gegen dieselben aufkommen kann? Was nützen Urkunden, wenn nicht nur über (neben) dieselben Zeugenbeweis zugelassen ist, sondern selbst die Behauptung deren Falschheit als einfacher direkter Gegenbeweis gilt? Die nothwendige Form, worunter sich am Ende alles im Processe zu beugen hat, muß dann mindestens in der festzusetzenden Beweisfrist gefunden werden.

confuser machte. Einmal muß dieses, freilich nicht sehr apostolische Pfingstzüngeln nach allen Winden hin sein Ende nehmen; es muß ein Facit gezogen und nunmehr die factische Frage fixirt werden, und diesen Abschluß soll das Beweisinterlocut bewirken; wobei denn wieder die Beweisartikel dennoch die Arena für neue Behauptungen nur in anderer Form eröffnen.

5. Wir übergehen die tactmäßigen Tempo der Beweisantretung, Beweisproduction, Beweisaufnahme, und des Schlußverfahrens, wo sich dieselbe Technik wiederholt, und bemerken nur, daß in einem so construirten Processe, das Geschäft der Proceßleitung nothwendig in die Hand des Richters gelegt werden muß. Nicht nur kann blos durch eine richterliche auf Amtsgewalt sich stützende Thätigkeit ein Proceßabschnitt, wenn selbst auch nur zum vorläufigen Abschlusse kommen, sondern es bedarf auch jede Partheihandlung, soll sie wirklich den Rechtsstreit seiner Entscheidung näher führen, einer richterlichen formellen Controle. Was würde aus diesem schriftlichen Verfahren werden, wenn die Partheien unter sich verhandelten, und nachdem sie einmal des Schreibens und Hin- und Herbehauptens müde wären, das chaotisch durcheinanderliegende Sammelsurium dem Gerichte vorlegten, damit ein Referent sichte, ordne, ausscheide, und die eigentlichen Proceßrechte herausfinde? Man muß die Zweckmäßigkeit einer Sache nicht nach dem Mißbräuchlichen beurtheilen, das ihr auszurotten nicht gelingt, sondern von dem nicht gänzlich verhüteten Mißstand schließen auf die Größe der Confusion, die entstehen müßte, wenn gar kein Zügel anliegen würde. Auch der emsigste Gärtner wird es nicht verhüten können, daß ihm nicht hier und da Unkraut in

die edlen Pflanzen hineinwachse; welches Aussehen erhält aber das Feld, das jeder Pflege entbehrt?

6. Es ist die Stellung der Appellation im System ebenfalls wieder nur eine Folge der bisher geschilderten Proceßgliederung. Sie ist ihrer eigenthümlichen Natur nach im deutschen Proceß nur eine Fortsetzung des in erster Instanz geführten Processes. Der obere Richter soll im Interesse der Parthei das Verfahren und das Urtheil des ersten Richters seiner Beurtheilung unterwerfen, es billigen, wenn es den Acten und dem Gesetze conform ist, reformiren, wo eine Reformation nach seinem Ermessen noth thut. Dieser Auffassung schließt sich das ganze Verfahren an. Das Rechtsmittel wird nicht nur dem ersten Richter angekündigt, damit er vorerst einhalte, sondern es wird förmlich bei ihm eingelegt, und er bestimmt den Termin zur Introduction; die erste und wirksamste Handlung der zweiten Instanz fällt in die erste. Allerdings ist diese Art des Verfahrens historisch sowohl in den ausländischen Rechten, als im einheimischen begründet; nichtsdestoweniger charakterisirt sie ganz vollständig die wahre Natur des Rechtsmittels, namentlich im Gegensatz zu der französischen Auffassung. Ebenso bestätigt und reformirt der obere Richter, ohne daß dem Appellaten gesetzlich ein Termin zur Vernehmlassung auf die Appellation gegeben sey, er thut einfach das, was der erste Richter hätte thun sollen, er intercalirt seinen Urtheilsspruch, ohne daß der Rechtsstreit aus seinem kunstgemäßen Geleise tritt. Freilich kennt auch der gemeine Proceß das sogenannte beneficium novorum, oder das beneficium nondum probata probandi et nondum deducta deducendi; aber gerade die Schwierigkeit die Zulassung von nova mit der Eventualmaxime in Einklang zu bringen,

weißt nach, wie wenig dieselbe in das System des deutschen Prozesses paßt, und wie hier nur ein erborgter Lappen aus dem römisch-justinianeischen Processe zu finden ist, in welchem die Beschränkung als Ausnahme, die Zulässigkeit als Regel gedacht werden muß, während im einheimischen System das Verhältniß sich umgekehrt gestaltet.

§. 4.

Von allem bisher Geschilderten finden wir im französischen Processe das Gegentheil, nirgends weniger Kunst, nirgends mehr Naturwüchsigkeit als hier; dieser schroffe Gegensatz macht die wechselseitige Auffassung so schwierig. Der deutsche Processualist sieht im französischen Prozesse nur ein chaotisches Durcheinandergehen verschiedener Elemente, und vermißt überall die ordnende Hand, und vice versa der französische Processualist fühlt sich im deutschen Verfahren beklommen, er kann nicht begreifen, wie ein Ding so rührig, so lebhaft, wie ein Streit, der jeden Augenblick eine andere Wendung nehmen kann, der so reich an Zwischenfällen ist, in so engen Schranken zu halten sey. Wenn zwei Personen einen Streit haben, der seinen Grund in einer Meinungsverschiedenheit hat, und sie wollen sich dem Urtheile eines von ihnen als unpartheiisch anerkannten Dritten unterwerfen; was ist das naturgemäßeste Verfahren? Sie erscheinen beide gleichzeitig vor dem erkiesenen Richter, tragen ihren Fall vor, tragen so lange vor, bis sie ihre Mittel erschöpft haben, und der Richter sich hinlänglich unterrichtet glaubt, ein Urtheil zu fällen, worauf dieser entscheidet. Beide Partheien fragen ihn um seine Meinung, und er antwortet; antwortet erschöpfend, wenn die Fragen-

den erschöpfend fragen, antwortet ausreichend, wenn mindestens einer der Fragenden erst um eine vorläufige Antwort bittet; kümmert sich um alles Weitere nicht, und wiederholt seine Antworten so oft man ihn darum begrüßt, thut nie mehr, nie weniger. In diesem einfachen Gedanken ist die Grundidee des französischen Processes ausgesprochen. Die Fragenden haben allerdings, ehe sie zum Antworter kommen, sich wechselseitig von ihrem Vorbringen zu unterrichten, und zwar ist eine solche vorhergegangene Mittheilung bald absolut nothwendig, so daß der Richter, wo diese fehlt, vom Gesetze gehindert ist zu antworten, wenn er es auch wollte; bald aber nur relativ, daß nämlich die Parthei, gegen welche etwas vorgebracht werden soll, verlangen kann, daß es ihr erst vor dem Erscheinen vor Gericht mitgetheilt werde; so wie die Parthei, die das Recht hat, eine schriftliche Mittheilung zu machen, fordern darf, daß ihr Gegner, so lange sie im Termin ist diese Mittheilung zu machen, nicht vorangehe. Beispiele der ersten Art finden wir in der den Prozeß einführenden Ladung, der schriftlichen Bestellung eines Anwalts von Seiten des Geladenen, so wie der Eintragung auf der Geschäftsrolle; ohne diese Präliminarien darf der Richter nicht entscheiden; ganz so kann kein Falschheitsproceß eingeleitet werden, ohne daß der vorgeschriebene Proceßgang [8]) eingehalten werde; Beispiele der zweiten Art liefert die schriftliche Mittheilung der Antwort, defenses, auf die Klage, so wie die dem Kläger gestattete Replik, reponses [9]), die sowenig wesentlich sind, daß sie sogar im summarischen Pro-

[8]) Art. 214. seq. Cod. de proc.

[9]) Art. 77. seq. ibid.

cesse nicht einmal die angedeutete gesetzliche Anerkennung finden [10]). Diese Mittheilungen und Präliminarien haben alle hinter dem Rücken des Richters statt; der eigentliche Proceß vor dem entscheidenden Richter besteht aber immer — wir abstrahiren hier von dem bereits oben geschilderten Contumacialverfahren — in einem gleichzeitigen Handeln beider Partheien vor demselben, der nunmehr ganz unbekümmert der Anträge, die in den Akten liegen, nur darüber entscheidet, worüber er gefragt ist, in der Regel nie weiter, aber darüber erschöpfend.

Daran schließen sich eine Reihe von Consequenzen, die wir zu skizziren haben.

1. Die Ladungsurkunde führt die Instanz ein, und eine Reihe von Folgen knüpfen sich an dieselbe, wie sie nunmehr auch nach gemeinem Prozesse an die Insinuation des ersten Decrets geknüpft werden, statt daß der römische Proceß die meisten von der Litiscontestation abhängig macht. Von dem Augenblicke der insinuirten Ladung laufen die Proceßzinsen [11]); der Analogie nach, die auch in Praxi Geltung hat, muß von jetzt an auch der Besitzer in gutem Glauben percipirte und zu percipiren gewesene Früchte restituiren [12]); durch sie wird die Competenz des Gerichts befe-

---

[10]) Art. 405. ibid. Les matiéres sommaires seront jugeés a l'audience, après les delais de la citation, sur un simple acte, sans autres procedures ni formalités.

[11]) Art. 1153—1155. c. c. Art. 57. c. de proc.

[12]) Wir bezogen uns für diesen so wichtigen Satz auf Analogie und Praxis, und verweisen auf *Merlin* répert. m. fruits, ibid. m. heredité. *Delvincourt*, Cours de droit francais, notes et expli-

stigt, und eine spätere Domicilveränderung kann keinen Einfluß mehr äußern [13]); wo beide Partheien als Kläger

cations II. p. 10., welche Schriftsteller den formellen Moment der insinuirten Ladung für entscheidend annehmen, was denn auch mit dem Art. 94. der Ordonnanz von 1539 mit der Modification übereinstimmt, daß dort die Litiscontestation als normal gilt, die freilich aus dem Code de procédure vollständig verschwunden, und an deren Stelle jetzt die Insinuation der Klage getreten ist. Eine Folge dieser formellen Festsetzung wäre von der einen Seite, daß wenn auch mit der Ladung durchaus nichts mitgetheilt wurde, was den bonae fidei possessor von seinem Unrecht überzeugen konnte, nichtsdestoweniger nach dem starren Principe post litem contestatam omnes possessores incipiunt malae fidei esse, er zum Fruchtersatz verbunden wäre. Umgekehrt, wenn der Proceß durch Abstand, Litisperemption, oder durch Richtigkeit der Ladung zu keiner Entscheidung in der Hauptsache führt, müßte der Besitzer, der sich von seinem Unrecht überzeugen konnte, dennoch fructus suos machen. Da scheint nun aber Doctrin und Praxis mit dem Gesetze in vollem Widerspruch zu stehen; der Art. 550. c. c. setzt fest: Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriéte, dont il ignore les vices, il cesse d'être de bonne foi du moment ou ces vices lui sont connus; also hier ist der materielle Gesichtspunkt allein als maßgebend angenommen. Pothier in seinem Tractat de la propriété n. 341. schwankt zwischen beiden Gesichtspunkten, und setzt eine mit anticipirtem Beweise versehene Klage voraus; wogegen die Discussionen entschieden die materiellen Gränze festzuhalten scheinen. *M. Maleville* pense que la régle établie par la dernière partie de l'article est trop vague, elle ferait naître la contestation sur le moment ou la bonnefoi du possesseur cesse; la jurisprudence les prevenait par une régle plus precise; elle reputait le possesseur de bonne foi, jusqu'a l'interpellation judiciaire. *M. Treilhard* repond que cette jurisprudence n'était pas universelle: on suivait plus ordinairement le principe posé par l'article, ce n'est en effet, que par les circonstances, qu'on peut juger, quand ce possesseur a cessé d'être de bonne foi. Von dem, was über die Proceßkosten Rechtens ist, kann als von einem jus singulare keine Consequenz gezogen werden. Leichter läßt sich die Sache aus dem contrat judiciaire und der rückwirkenden Kraft der Bedingungen erklären.

[13]) Der Satz liegt in der Natur der Sache, und läßt sich argu-

auftreten können, entscheidet sie ebenfalls Prävention hinsichtlich der Partheirollen [14]), sowie sie bei connexen Sachen, wenn alles andere gleichsteht, den Vorzug bestimmen wird [15]), endlich unterbricht sie sowohl die erlöschende als die erwerbende Verjährung [16]). Darum aber bildet sie keinen Abschnitt im Processe, und kann durchaus mindestens processualisch nicht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts beurtheilt werden.

a) Allerdings soll neben dem Sachpetitum, l'objet de la demande, die Ladung auch die causa petendi enthalten, aber nur andeutungsweise, l'exposé sommaire des moyens, also eine förmliche Libellirung ist unnöthig, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die gemeinrechtliche Klage nicht nur diese Angriffshandlung für den Kläger erschöpft, sondern weil die Parthei sich an den Richter wendet, der von der Sache keine Kenntniß hat; die französische Ladung ist für den Gegner gegeben, der in der Regel entweder das factische Verhältniß kennt, worauf der

---

mentiren aus Artikel 168 c. de pr. la partie qui aura été *appeleé* devant un autre tribunal, que celui, qui doit connòitre de la contestation pourra demander son renvoi. Also die Incompetenz muß im Momente der in jus vocatio gewesen gewesen seyn. Cf. fragm. 7. D. de judic.

[14]) Nicht steht entgegen Artikel 967, der im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen nur auf den Fall angewendet werden kann, wenn beide Parthieen denselben Tag wechselseitig Klage erheben, anders würde dieser Artikel mit seinem unmittelbaren Vorgänger im Widerspruch stehen, und der Proceßjägerei gewisser für die französischen Theilungsproceduren angenommenen Anwälte Thür und Thor geöffnet seyn.

[15]) Art. 171. C. de proc.

[16]) Art. 2214. 2247. c. c. Litigiös wird die Sache aber nur durch förmliche Litiscontestation. Art. 1700.

Kläger hindeutet, oder doch zu kennen unterstellt wird, oder das Mittel hat, sich Kenntniß davon zu verschaffen. Wenn also auch die exceptio libelli inepti vel obscuri zulässig ist, so muß das richterliche Ermessen sich darnach richten, ob dem Beklagten soviel von der Sache angedeutet ist, daß er wissen konnte, auf welches Sachverhältniß der Kläger hindeutete. Wer auf den Grund der Nichterfüllung eines Vertrages auf das id quod interest klagt, kann im Laufe des Rechtsstreits die verschiedensten Gründe der Nichterfüllung angeben. Wer vindicirt, kann die verschiedensten Erwerbsgründe geltend machen und von dem in der Ladung articulirten abspringen.

b) Die Klage soll ein Sachpetitum enthalten. Ohne ein solches kann auf dieselbe ein Contumacialverfahren nicht gebaut werden; der Beklagte könnte ohne Gefahr ausbleiben, und kann nun auch erscheinen, und diesen Mangel als Nichtigkeitsmittel geltend machen [17]). Dieses Sachpetitum fixirt aber den Rechtsstreit nicht, vielmehr können die genommenen Conclusionen noch zu jeder Zeit modificirt werden; nur nicht in Abwesenheit des Beklagten, also entweder nach vorheriger Insinuation, oder auch noch vor den Schranken des Gerichts, wenn der Beklagte erscheint. Daß ein solches Recht der Klageänderung besteht, wird nicht bezweifelt; nur wie weit es geht, kann bestritten werden, und wird es. Unserer Ansicht nach können noch ferner unbedingt alle Rechte geltend gemacht werden, die aus dem in der Ladung angedeuteten Rechtsverhältniß

---

[17]) Der Maßstab für die Richtigkeit der Ladung im Erscheinungsfall ist immer der, ob im Nichterscheinungsfall auf eine solche Ladung ein Defauturtheil mit Sicherheit erlassen werden könnte.

fließen, selbst wenn ein ganz anderes genus actionis erscheinen sollte [18]). So wird ohne Anstand derjenige, der aus einem Mandat auf Rechnungsablage geklagt hat, im Verfolge des Rechtsstreits auf den Grund einer vom Beklagten gemachten Einnahme auf eine bestimmte Summe concludiren, den Beweis des Mandats fallen lassen, dagegen die geschehene Einnahme beweisen können, obschon die Klage jetzt eine actio negot. gest. wird. Umgekehrt derjenige, der auf den Grund einer Pönalclausel für deren Realisation vielleicht besondere Kündigungsformen vertraglich festgesetzt wurden, im Falle der Nichterfüllung des Vertrags eine bestimmte Summe einklagte, kann im Laufe des Processes das id quod interest verlangen, ein Interesse articuliren und durch Sachverständige zu erproben sich anbieten. Wer aus einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Resolutivbedingung etwa auf Auflösung eines Kaufvertrags und Zurückgabe des bereits in dem Besitz des Verkäufers befindlichen Gegenstands klagt, kann im Laufe der Instanz auf Zahlung des Kaufpreises eventuell concludiren, und umgekehrt glauben wir, daß Jemand, der auf Erfüllung klagte, den man vielleicht geraume Zeit mit chicanösen Mitteln hinhält, in demselben Rechtsstreit auf Auflösung antragen kann.

c) Es können die Petita nicht nur während des Processes durch neue Mittel unterstützt und modificirt werden, sondern sie können auch noch Zusätze erhalten; so können ohne Zweifel stipulirte Zinsen, welche im Laufe des Rechtsstreits fällig werden, neu erschienene Pächte, abgelaufene terminliche Verbindlichkeiten durch Incidentanträge

---

18) Cf. Art. 66—71. des Decrets vom 13. März 1808. Vergl. folgende Note.

erhoben, und in dem bereits anhängigen Rechtsstreit entschieden werden.

Uns scheint es, als wenn es hier an einer formellen Schranke dem Geiste des Verfahrens nach fehle, und nur die abstracte Regel aufgestellt werden könne, daß durch solche Proceduren keine Proceßrechte, die die Gegenparthei schon erworben hat, verletzt und dem Richter sein Entscheidungsamt nicht erschwert werden darf; die Anwendung im concreten Falle ist dem Richter überlassen, dessen Entscheidung, wie sie ausfalle, keinem Cassationsrecurse unterliegt [19]).

---

[19]) Daß solche demandes incidentes aditionnelles erlaubt seyen, kann im Allgemeinen nicht bezweifelt werden.

Art. 337. c. de pr. Les demandes incidentes seront forméés par un simple acte contenant les moyens et les conclusions avec offre de communiquer les pièces justificatives sur recipissé ou par depòt au greffe.

Le defendeur à l'incident donnera sa reponse par un simple acte.

Art. 338. Toutes demandes incidentes seront formées en même temps, les frais de celles, qui seroient proposées postérieurement et dont les causes auroient existé a l'époque des prémières ne pourront être repétés.

Aus der durch Artikel 464. für die Appellationsinstanz eingeführte Beschränkung scheint sich a contrario zu ergeben, daß in erster Instanz die Befugnisse weiter zu greifen sind. Direkt sind keine Gränzen gezogen; die gemeinrechtlichen Grundsätze der unzuläßigen mutatio libelli auf Fälle, wie sie unter b. angegeben sind, anzuwenden, scheint unpassend, indem unsere Ladung keinen Libell, und unsere schriftlichen Defenses, die nicht einmal wesentlich sind, keine Litiscontestation bilden. Der französische Prozeß nähert sich dem römisch-justinianeischen, und in diesem wurde es mit der mutatio libelli ebenfalls nicht streng genommen. — Arg. Const. 3. Cod. de an. except. §. 34. et 35. Inst. de act. Indessen suchten Doctrin und Praxis dennoch rein objective Gränze auf, und sie glaubten sie in dem Institute des Sühneversuchs gefunden

2. Noch freier ist der Beklagte im Vorbringen seiner Mittel. Hier kennt der französische Proceß vom formellen

zu haben. So gewichtige Autoritäten uns entgegengetreten, glauben wir dennoch unsre Zweifel an der Richtigkeit und der Widerhaltigkeit des Mittels ausdrücken zu dürfen. Die Verbindlichkeit für die Partheien, die sich im Falle befinden, einen Rechtsstreit führen zu wollen, sich vorerst, ehe sie den Richter angehen, vor einen Friedensbeamten zu begeben, um eine gütliche Ausgleichung zu versuchen, ist neuern Ursprungs, wurde eingeführt in Frankreich durch das Gesetz vom 16—24. August 1790, wonach keine action principale zugelassen werden soll, bei welcher dieses Präliminarium nicht erfüllt ist, und mit Modificationen beibehalten im Code de procedure Art. 48., welcher dem Sühneversuch unterwirft: toute demande principale, introductive d'instance entre parties capables de transiger. Man will nun solchen Klageänderungen, namentlich wenn von der Klage auf Erfüllung zu jener auf Auflösung übergegangen, oder wenn von dem Rechte der objectiven Cumulation im Laufe des Prozesses Gebrauch gemacht wird, bald den Mangel des Sühneversuchs, bald die Eludirung desselben entgegensetzen. Mit Consequenz läßt sich der Gedanke nicht durchführen, es würde denn der Prozeß schon seine Fixität in einem Moment erhalten, wo er noch nicht zur Existenz gekommen ist. Wir haben nichts gewonnen für Fälle, wo in Ansehen der Person ein Sühneversuch nicht erfordert ist, und eben so wenig für andere Fälle, wenn man den Sühneversuch, soweit er gesetzlich nöthig ist, einleitet, und den auf diese Art präparirten Rechtsstreit dennoch mittelst Incidentklage an den schon anhängigen Rechtsstreit kettet. Der Code de procedure hat kein neues Recht eingeführt, er hat einen seit Jahrhunderten ausgebildeten Proceß von manchen überflüssigen Förmlichkeiten gereinigt, und der neuen Gerichtsverfassung angepaßt; er setzt überall mehr voraus, als er einführt. Nun wäre es eine eigenthümliche Erscheinung, wenn ein auf einem in sich abgerundetem System beruhendes Verfahren, das die größtmöglichste Prozeßelasticität zuläßt, durch einen zufälligen Anfug in seinem Grundgedanken erschüttert sein sollte. Im Grund genommen schweigt auch das Gesetz von 1790 sowohl, als der Code de proc. über die Frage. Letzterer unterwirft unter den gehörigen Voraussetzungen jede demande principale introductive d'instance dem Sühneversuch; die demandes incidentes sind sohin von selbst ausgeschlossen; in wiefern diese aber nach der bisherigen Praxis zuläßig waren, läßt

Standpunkt aus eine Unterscheidung zwischen der Vertheidigung gegen das Verfahren als solches und der Vertheidigung in der Hauptsache. Vertheidigungsmittel der ersten Art werden allein exceptions genannt; dahin gehören die Cautionseinrede, die forideclineatorischen Einreden wegen Incompetenz, Litispendenz und Connerität, Richtigkeitseinreden, sowie die dilatorischen Einreden, welche dahin zielen, daß der Rechtsstreit, von dem gar nicht behauptet wird, daß er mit Unrecht begonnen einen Stillstand erhalte, weil man sich in spatio deliberandi befinde, oder weil man einen Garanten in den Proceß zu rufen habe, oder vorerst Einsicht von einer Urkunde verlange, die producirt

---

sich aus diesem rein formellen Artikel nicht entnehmen. Um deswillen treten auch die Schriftsteller etwas leise auf, sie sprechen davon, daß man die gesetzliche Disposition eludiren könnte; also man könnte in fraudem legis handeln. Allerdings handelt auch nach französischem Rechte contra legem derjenige, welcher dem Gesetze auf Umwege beizukommen sucht. Die fraus legis wird aber nie vermuthet, es hätte sohin der Richter in jedem gegebenen Falle zu untersuchen, ob etwa die Hauptfrage so masquirt angestellt wurde, um mittelst derselben eine Incidentklage mit Umgehung der Douanenlinie des Friedensbüreaus bei Gericht einzuschmuggeln. Nun! eine solche Untersuchung wird selten ausgiebig sein; mit einer Ladung, einem Nichterscheinen und zehn Franken kauft man sich bei der Philantropie frei, und hat nicht bei einem Processe, der Hunderte von Gulden kostet, zu wagen, daß am Ende der Richter auf die Möglichkeit einer Gesetzumgehung die Entscheidung verweigert. Ueberdieß mag es immerhin die Mühe lohnen, Streitigkeiten unter Partheien durch einen Güteversuch zu verhüten; gesucht ist es aber, dem Kläger, der einen Kaufpreis einklagt, und dem das Leben durch alle mögliche Contestationen sauer gemacht wird, der endlich zu der Ueberzeugung gelangt, wie es ihm nur zum größten Nachtheil gereichen könne, mit einem solchen Manne, wie sein Gegner, länger in Vertragsverhältnissen zu leben, und zur Resolution greift, zu sagen, daß derselbe Beklagte, wenn diese Klage beim Sühneversuch indicirt gewesen wäre, sich zum Nachgeben herbeigelassen hätte!!

wurde, oder weil eine solche, communicirt, noch nicht restituirt sey. Diese Mittel werden in der angegebenen Reihenfolge vorgebracht, und mit Ausnahme des zuletzt angedeuteten, welches sich natürlich oft wiederholen kann, schließt sich mit ihnen ein Proceßabschnitt [20]). Die Vertheidigungsmittel der zweiten Art, defenses, umfassen alle Mittel, wodurch der Beklagte den klägerischen Angriff abzuwenden sucht, gleichgültig, ob durch Abreden des Klagegrundes der Sache und dem Rechte nach, oder durch behauptete Erlöschung des Klagegrunds vermittelst Zahlung, Compensation, Novation, Präscription, oder durch eine reconveniendo geltend gemachte Nichtigkeitseinrede [21]); Die defenses begreifen sohin die Litiscontestation, die Einreden im weiteren Sinne des Wortes, die Einreden des römischen Rechts, so wie die Proceß hindernden Einreden; der französische Proceßcoder [22]) schreibt keine Reihenfolge für deren Vorbringen

---

[20]) Cod. de proc. I. Th. II. B. Tit. IX. §. I—V. (Art. 166. — V.) Die Einrede des noch nicht erschienenen Termins gehört nicht zu den dilatorischen Einreden, und kann, so lange sie nicht materiell vergeben ist, zu jeder Zeit vorgebracht werden; a fortiori nicht solche Einreden, die gegen das genus actionis gerichtet sind, indem diese recht tief in die Hauptsache eingehen, und die Natur- und Tragweite des geltend gemachten Rechtes erörtern, oder solche, welche die persona standi in judicio, oder die Sachlegitimation angehen; durch Erstere wird eine radicale Nichtigkeit verhütet, und Letztere spricht wieder dem in concreto aufgetretenen Kläger jedes Recht ab.

[21]) Art. 1234. c, c.

[22]) Das Civilrecht hat allerdings bei manchen Rechtsmitteln verlangt, daß sie in der ersten Reihe der defenses erscheinen, z. B. das beneficium discussionis des Bürgen — Art. 2022 c. c. — ebenso das beneficium discussionis des dritten Besitzers, soweit es das französische Recht kennt — Nichtsdestoweniger bilden diese Mittel keine exceptions dilatoires; sind sie begründet, so muß noch zur Zeit

vor; so lange der Rechtsstreit nicht beendigt ist, können alle diese Mittel in beliebiger Ordnung proponirt werden, gleichzeitig, oder nacheinander, wenn der Richter nur sein Urtheil noch nicht gesprochen hat [23]). Man würde aber sehr irren, wenn man den eben ausgesprochenen Satz so nehmen wollte, als wenn der Richter dem Beklagten, der nur ein Vertheidigungsmittel dem klägerischen Antrag entgegengesetzt hat, nunmehr Termin zum neuen Vorbringen gestatten müsse; der Richter entscheidet, soweit er nach den Vorträgen entscheiden kann; wenn sohin der Kläger sein Petitum vorgetragen, etwa gleichzeitig bewiesen hat, der Beklagte, ohne Vorbringen von Einreden sich darauf beschränkte, den Klagegrund in Abrede zu stellen und die Schlüssigkeit der Beweise zu bestreiten, so spricht er die Klage zu, wenn er den Beweis für geführt erachtet. Präcludirt ist der Beklagte nicht, aber es findet sich im Processe kein Raum mehr vor für ein weiteres Vorbringen. Gesetzt aber, die Sache gestaltete sich so, daß der Richter den geführten Beweis für verfehlt erachtete, und dem Kläger auf sein desfallsiges Ansuchen die Beibringung besseren Beweises gestattet werde, dann könnte

---

die Klage ganz abgewiesen werden, und es bleibt sogar problematisch, ob dieselbe je wieder begründet werden kann; was beides bei den exceptions dilatoires des französischen Rechts nicht eintritt. Unserer Ansicht nach liegt der Grund der Beschränkung des beneficium auf ein zeitiges Vorbringen eben in der Beschränkung des Rechts, welches contra rationem juris eingeführt ist, nicht aber in einem unterstellten Verzicht, wie Troplong ad Art. 2022. unterstellt und wodurch er zu manchen sehr wichtigen Resultaten kömmt.

[23]) Const. 2. Cod. sent. rescindi non posse. Const. 4. 6. 8. 12. 13. Cod. de except.

der Beklagte bis zur Definitivsentenz noch alle omittirte Vertheidigungsmittel vorbringen. Ganz dasselbe tritt ein, wenn der Beklagte Lis contestirt, einen Theil seiner Einreden vorbringt, einen andern Theil aber wegläßt, so hängt es wieder rein von der Proceßlage ab, ob der Richter definitiv entscheidet, in welchem Falle ein weiteres Vorbringen nicht stattfindet, oder ob es noch nach dem richterlichen Spruch zu einer weitern processualischen Verhandlung kömmt [24]).

3. Der eigentliche Proceß, haben wir bemerkt, liegt nicht in den gewechselten Schriften, vielmehr in den Wechselverhandlungen der Partheien vor Gericht; daran knüpft der französische Proceß die sehr wichtige Folge, daß, so oft ein Rechtsverhältniß bei Gericht zur Sprache kömmt, das ganz Verhältniß mit allem, was sich direct und indirect daran knüpft, gleichzeitig zur Sprache und zur Entscheidung zu kommen hat. Wir haben schon auf den Proceß aufmerksam gemacht zwischen dem

---

[24]) Um Mißverständnissen vorzubeugen, müssen wir den suppletorischen Eid ausschließen; hier entscheidet auch der französische Richter definitiv und knüpft sein Urtheil an die Ausschwörung des Eides; dagegen kann der französische Richter nie in einem einfachen Beweisinterlocut die Endentscheidung bedingt aussprechen, während dieses im deutschen Prozesse mindestens nicht verboten ist, und nach der Ansicht mancher Rechtsgelehrten mit dem Erfolg geschieht, daß ein so bedingtes Beweisinterlocut rechtskräftig wird. Cf. Plank l. c. 317. seq. und die dort citirten Schriftsteller Heffter und von Pape. In Bezug auf den suppletorischen Eid schließt sich der französische Prozeß dem römischen an — const. 11. de sent. et interloc. — und zwar gerade um deßwillen, um weiteres Vorbringen abzuschneiden; in jedem andern Falle ist aber eben darum, weil der Prozeß noch offen zu halten ist, eine bedingte Hinzufügung des Endurtheils eine reine Unmöglichkeit. Wieder consequent mit dem ganzen Bau des Prozesses binden auch Beweisinterlocute den Richter nicht. s. u. Note 40.

Hauptkläger, dem Beklagten und dem Garanten, soweit die Verschlingung sich zieht [25]). Ebenso wurde oben [26]) die Procedur beschrieben zwischen einem Contractsverbundenen und dem dritten Besitzer, den der erste und präjudicielle Proceß nur durch einen Rückschlag trifft. Wir wollen hier noch eine andere Proceßfigur darzustellen versuchen, nämlich den Fall, wo Jemand existirt, der möglicher Weise als Hauptintervenient auftreten könnte. A erwirbt heute von B in Alzei dem Bevollmächtigten des in Mainz wohnenden C ein dort gelegenes Grundstück. C in Mainz, der von diesem Geschäft nichts weiß, verkauft dasselbe Grundstück dem D. Setzen wir, der Letztere beginnt den Rechtsstreit, so kann er vor das Gericht zu Mainz seinen Mitcontrahenten B auf Erfüllung des Vertrags vorladen, und den ersten Käufer A gleichzeitig in denselben Proceß ziehen, damit das zwischen ihm und C stattfindende Verfahren, besser das ergehende Urtheil, auch mit ihm gemeinschaftlich werde. Dieses Verfahren ist nicht nur gestattet, sondern in manchen Fällen sogar geboten. Falls C von D nach Mainz, und von A nach Alzey geladen würde, hätte er das Recht, das Gericht, wohin er zuletzt geladen wurde, auf den Grund der Connexität zu decliniren [27]). In demselben Proceß hat B Reconventionsanträge gegen D zu nehmen, gegen den er seinen Erwerb vertheidigt; eventuelle Anträge gegen C, für den Fall er seine Priorität nicht durchsetzen könnte, die Bevollmächtigung des B aber richtig stünde; und recursorische An-

---

[25]) Art. 25. c. de proc.

[26]) II. Abhandlung S. 207 folg.

[27]) Art. 171. c. de proc. *Merlin* repertoire m. vente §. II. N. VII.

träge gegen B, falls dieser seine Vollmacht nicht nachweisen könnte, indem er Letzteren ad litem citirt. Alle diese Processe werden gleichzeitig verhandelt und entschieden. Die Grundidee der Verbindung dieser Processe liegt darin, widersprechende Urtheile zu vermeiden, und diesem Gedanken kann vollständige Rechnung getragen werden, weil eben der mündliche Proceß eine solche Elasticität zuläßt. Damit hängt die in der französischen Praxis so häufig vorkommende Auflage an eine der proceßführenden Partheien zusammen, einen Dritten, von dem vorauszusehen ist, daß er nach geschlossener Procedur das Resultat angreifen könnte, auf Gemeinschaftlichkeitserklärung des Urtheils vorzuladen — citation a faire declarer commun le jugement a intervenir. Eine Adcitation im Sinne des deutschen Processes liegt hier nicht vor, weil der Richter, wie natürlich im französischen Processe, keine Ladung vornehmen kann. Da aber die angegebene Procedur zulässig ist, es also von vornherein der Parthei freisteht, Jemanden, von dem sie unterstellen kann, daß er ein den beiden Litiganten entgegenstehendes Interesse hat, mit andern Worten mit einer Hauptintervention auftreten könnte, zum Processe zu ziehen, so kann der Richter entweder auf Antrag der einen Parthei, ja nach der Praxis sogar ex officio derselben aufgeben, von diesem Proceßrecht Gebrauch zu machen. Setzen wir folgendes Beispiel: A hat eine Forderung an B; C, welcher behauptet, dessen Testamentserbe zu sein, überträgt dieselbe auf D, der auch seinen Uebertrag notificirt. E, der die Ungültigkeit des Testaments unterstellt, und Intestaterbe ist, cedirt seiner Seits an F, der ebenfalls die Notification vornimmt. Letzterer wendet sich an den Schuldner B, um die Forderung einzucassiren; dieser behauptet aber, abgesehen von Ein-

wänden, die er gegen die Forderung hat, schon um deswillen keine Zahlung leisten zu können, weil ihm bereits von D, als Cessionar von C, ein Uebertrag bekannt gemacht wurde. In diesem Falle kann F den B verklagen, den C zum Proceß laden lassen, um seine Priorität entscheiden zu lassen, und thut er es nicht, so kann das Gericht dessen Beiladung verordnen. Sind die Cessionarien im Processe, und haben diese recursorische Klagen gegen ihre Cedenten angestellt, so haben wir alsdann vier Processe verbunden: 1) Rechtsstreit zwischen F und D, über die Forderung; 2) recursorischer Anspruch von D gegen C; 3) dasselbe von F gegen B; 4) Rechtsstreit zwischen E und C über die wahre Erbequalität [28]).

4. Wir gelangen jetzt zum Beweisinterlocut des französischen Processes. Dessen processualische Veranlassung und Bedeutung kann aber nicht begriffen werden, wenn wir nicht einige Sätze über die Zulässigkeit der Beweismittel und deren Beweiskraft einfügen.

a) Der Zeugenbeweis ist unzulässig, so oft das Rechtsverhältniß, um dessen Beweis es sich handelt, entweder im Augenblick seines Entstehens, oder zur Zeit, wo es bei Gericht geltend gemacht wird, den Werth von 150 Franken übersteigt, und der Beweisführende sich nicht in der Unmöglichkeit befand, sich einen Schriftbeweis zu verschaffen [29]).

---

[28]) Solche Proceduren der Gemeinschaftlichkeitserklärung des Resultats eines Rechtsstreits sind gesetzlich angeordnet. Art. 608. 727. c. de proc. Cf. Observ. prélim. de la cour de Cass. sur le c. de proc. Art. 11. (Sir. IX. p. 2.)

[29]) Die nähere Erläuterung und die Anwendung dieses so prägnanten Satzes erfodert eine Abhandlung für sich. Zu vergl. Ordon. de Moulins Art. 54. Ordonn. von 1667. Tit. 20. Art. 2—6. l. c. Art. 1411. seq.

b) Selbst da, wo ein Zeugenbeweis zulässig ist, kann derselbe nur geführt werden, wenn er durch ein förmliches Urtheil angeordnet ist, welches die zu beweisenden Thatsachen speciell anzugeben hat [30]).

c) Vom Aussteller anerkannte Privaturkunden, oder von einem öffentlichen Beamten im Bereiche seiner Competenz und unter Beobachtung der gesetzlichen Formen gefertigte öffentliche Urkunden beweisen einmal vollständig ihren Inhalt denen gegenüber, die dabei concurrirt haben, so wie gegen ihre Universalsuccessoren, und die Singularsuccessoren, die das Rechtsverhältniß zu vertreten haben, sodann schließen sie mindestens jeden direkten Gegenbeweis der Art aus, daß ein Zeugenbeweis weder gegen noch über ihren Inhalt hinaus zulässig ist, endlich können Aeußerungen, die vor und nach ihrer Confection gemacht wurden, nicht einmal um den Inhalt zu interpretiren, mittelst Zeugen bewiesen werden [31]). Die Urkunde repräsentirt daher typisch das Rechtsverhältniß, worauf Anspruch oder Vertheidigung gestützt wird, nur Eidesdelation ist zulässig; sie fällt daher mit dem Klagefactum zusammen.

d) Eine in ihren Unterschriften anerkannte Privaturkunde oder in gehöriger Form und vom competenten Beamten ausgehende öffentliche Urkunde kann zwar der Falschheit bezüchtigt werden. Ein solcher Angriff formulirt sich aber im französischen Rechte nicht als ein von Rechtswegen zulässiger Gegenbeweis, vielmehr als eine förmliche Klage, als ein Incidentpunkt, und die Procedur ist ganz besonders regulirt. Es muß ein Urtheil vorangehen, welches die Zu-

---

30) Art. 255. c. de proc.

31) Art. 1341. c. c.

lässigkeit der Falschheitsklage erklärt, und ein zweites Urtheil muß die Mittel, welche zu ihrer Begründung aufgestellt werden, pertinent und relevant erklären, ehe deren Beweis angetreten werden kann [32]).

e) Wo ein Zeugenbeweis nicht zulässig ist, kann auch auf einen sogenannten künstlichen Beweis keine Rücksicht genommen werden [33]).

f) Gegen praesumptiones juris ist da kein Gegenbeweis zulässig, wo das Gesetz denselben nicht ausdrücklich gestattet, und nur in der Art, wie er gestattet ist [34]).

g) Da, wo ein unter Dritten stattgehabtes Rechtsverhältniß einem Dritten präjudiciren kann, muß auch dem Dritten gegenüber nicht nur der Beweis durch Urkunden geführt werden, sondern es muß auch anders als durch Zeugen erwiesen sein, daß die Urkunde wirklich zu der Zeit entstanden ist, von welcher sie das Datum trägt [35]).

---

[32]) Art. 214. seq. c. de proc.

[33]) Art. 1353. c. c. Dieser erst durch den Code civil eingeführte Rechtssatz beweißt hinlänglich, daß man auf Vereinfachung der Processe bei Einführung der legalen Beweistheorie rechnete.

[34]) Art. 1352. c. c.

[35]) Art. 1328. ibid. Dieser Fall findet nach der richtigen Ansicht da seine Anwendung, wenn zwei ein Immobile von demselben Eigenthümer erworben haben, und es handelt sich um die Priorität des Erwerbs, indem bekanntlich mit dem abgeschlossenen transferirenden Vertrag Eigenthum übergeht. Eine weitere Anwendung findet der Satz bei der Eigenthumsklage, wenn der Kläger sein Eigenthum auf einen titulirten Verjährungsbesitz stützt. Dem dritten Besitzer gegenüber ist der Erwerb des Klägers ein reines Factum; nichtsdestoweniger ist auch hier der Zeugenbeweis ausgeschlossen; nicht einmal die Urkunde beweißt vollständig, wenn sie keine öffentliche ist, vielmehr kann die Epoche ihres Entstehens nur durch die Eintragung in ein öf-

Im Zusammenhange mit den bereits erörterten Grundsätzen ergiebt sich

I. daß von einem Beweisinterlocut im Sinne des deutschen Processes im französischen Processe keine Rede sein kann. Es bedarf keines förmlichen Proceßeinschnitts, um Behaupten und Beweisen zu trennen. Die gewöhnlichste regelmäßige Beweisart ist der Urkundenbeweis, und dieser ist der Art formell, daß Behaupten und Beweisen zusammenfallen. Auch der zweite oben berührte Gesichtspunkt hat im französischen mündlichen Proceß keine Begründung. Es fehlt zwar auch hier in den Vorträgen der Partheien nicht an vagen Behauptungen, ins Blaue hineingesprochenen Thatsachen, Verschnörkelungen, Verzierungen, Ausholungen, oder wie sonst die Mittel heißen mögen, wodurch man im Publikum glänzen will, und dem Richter beizukommen sucht. Sie sind aber, eben wegen des formellen Charakters des Urkundenbeweises irrelevant; an der unbeweglichen Construction einer Urkunde prallen alle diese Exclamationen ab [36]). Wo aber Thatsachen wirkliche Re-

---

fentliches zu diesem Zwecke eingerichtetes Register, durch Erwähnung derselben in sonst einer öffentlichen Urkunde, etwa einem Inventarium, oder durch den Tod eines der Signatarien sicher gestellt werden. In einem gewissen Sinne kann man daher sagen, daß das Eigenthum an einer Sache nur durch Errichtung einer Urkunde über das Rechtsgeschäft erworben werden kann, und zwar vom Augenblicke an, wo diese Urkunde durch eine der angegebenen Begebenheiten einen formellen Beweis ihrer Existenz erhalten hat. Mit Rücksicht auf das Hypothekenrecht reicht auch dieser Beweis nicht ganz aus.

[36]) Wirklich hat, wie auch Bonnier Traité des preuves p. 96. anführt, die Proceßverwickelung einen bedeutenden Einfluß auf die Ordonnance de Moulins geäußert. Pour obvier, sagt derselbe, *à la multiplication des faits,* qu'on a vu cidevant être mis en

levanz haben, da bleibt es dem Richter frei, durch sein Fragerecht ins Klare zu bringen, ob man wirklich mit Festigkeit auf diese Umstände bestehe, oder ob sie nur im Laufe des Vortrages, um wenigstens während desselben Recht zu haben, eingestreut wurden.

II. Daher fehlt auch im französischen Proceß der Begriff des anticipirten Beweises. Anticipiren kann man nur, wo in der Regel das, was jetzt geschieht, später geschehen soll; da aber ein Beweisabschnitt hier gar nicht eintritt so fehlt es dem Begriffe an seinem Gegensatz.

III. Aus der Regel, daß der Richter soweit erkennt, aber nur soweit, als ihm vorgetragen wird, ergiebt sich von selbst, daß die Parthei, die eine widersprochene Behauptung aufstellt, und auf keine Beweisführung anträgt, mit dem auf dieselbe gestützten Proceßrecht abgewiesen wird. In der Regel erkennt der Richter gar nicht auf Beweis, wenn kein Antrag desfalls gestellt wird.

a) Es ist in der Sitzung, in welcher die Sache vorgebracht, von keiner Seite ein Beweis vorgelegt, die Sache eignet sich auch zu keinem Zeugenbeweise, und wir haben weder Geständniß noch gesetzliche Präsumtion, so wird die Klage abgewiesen. Der Kläger will seinen Antrag zuerkannt haben, nicht mehr und nicht weniger, und zwar nach Inhalt seines Vortrags; findet sich der Richter in der Un-

---

avant en jugement, sujets à preuve de temoins et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvenients et involutions des proçes. Zu sehr urgirt übrigens Duranton Tom XIII. N. 295 seq. den andern Grund für die Beschränkung des Zeugenbeweises, nämlich die Corruptibilität der Zeugen, und kömmt zu ganz eigenen mit dem Geiste des Gesetzes im Widerspruch stehenden Resultaten.

möglichkeit, so hat er sein Schicksal selbst verschuldet, und zwar wieder nicht, weil er präcludirt ward, sondern weil er sich selbst die Thüre verschlossen hat.

b) Der Kläger und was vom Kläger in der Klage gesagt ist, gilt vom Beklagten in der Einrede, hat eine Urkunde für den Beweis seiner Behauptung erbracht; nun bleibt dem Beklagten nichts übrig, wenn er sich nicht auf eine Kritik der Form der Urkunde, ihre Relevanz und Beweistüchtigkeit beschränken will, den Gegenbeweis durch Urkunden, Eidesdelation oder Falschheitsbezüchtigung jetzt schon anzutreten; der Richter läßt ihm keinen Gegenbeweis nach.

c) Glaubt der Behauptende mit Zeugen beweisen zu dürfen, so hat er mindestens im ordinären Processe die Thatsachen, die er erweisen will, förmlich zu articuliren, der Gegner hat sub poena confessi darauf zu antworten, und will er sicher gehen, wieder förmlich auf Erlaß eines Urtheils anzutragen, welches diese Beweisart zuläßt, so wie die Thatsachen anzugeben, die er sich zum Beweise ausstellt; hier ist, wie es sich von selbst versteht, der direkte Gegenbeweis von Rechtswegen. Nur ausnahmsweise kann der Richter von den behaupteten Thatsachen auch solche in sein Beweisinterlocut aufnehmen, die ihm relevant scheinen, wenn der Beweisführende auch nicht darauf angetragen, sowie er auch auf die blose Behauptung hin überhaupt auf Beweis interloquiren kann [36]). Ein solches Urtheil hat Aehnlichkeit mit dem gemeinrechtlichen Beweisinterlocut, aber auch nur Aehnlichkeit; denn der Richter kann ein solches Urtheil erlassen, er muß aber nicht.

d) Ganz so verhält es sich in der Regel mit dem

---

[37]) Art. 254 c. de proc.

Beweise durch Sachverständige und richterlichen Augenschein; obschon auch hier der Richter möglicher Weise diese Beweismittel von Amtswegen anordnen kann, wenn ihm nur auf diese Art der von den Partheien herbeigeschaffte Stoff klar wird, und er sich ohne diese Hülfsmittel außer Stand sieht, ein Urtheil zu fällen [38]).

e) Nur für den Zeugenbeweis giebt es eine peremptorische Beweisfrist, die schon gesetzlich bestimmt ist [39]). Für die andern Beweise ist der Termin so lange offen, als der Proceß nicht abgeschlossen ist.

IV. Ein Urtheil, welches gleichgültig auf Antrag einer Parthei, oder in den Fällen und bei den Beweismitteln, wo ein solches gestattet ist, von Amtswegen eine Beweisführung verordnet, verordnet streng genommen in seinem Decisum nur die Vornahme einer Instructionshandlung, nicht mehr und nicht weniger; eine Instructionshandlung, die mindestens nach dem französischen Rechte die Parthei auch ohne alle Dazwischenkunft des Richters hätte vornehmen können, wenn die Natur des Beweismittels damit es in probirender Form erscheine, sich dem selbstständigen Handeln der Parthei nicht widersetzt hätte. Freilich liegen stillschweigend auch im Decisum noch zwei Sätze verborgen, der eine sagt, daß alles dasjenige, was die zum Beweise anzuhaltende Parthei bereits vorgebracht hat, nicht genügt, um die Ueberzeugung des Richters für ihre Intention zu bestimmen, und der andere drückt umgekehrt die positive Seite aus, daß der Richter sich für diese Intention entscheiden wird, wenn ihm das von ihm bezeichnete Factum zu einer

[38]) Art. 295. ibid.

[39]) Art. 256. 257. ibid.

juristischen Gewißheit erhoben werden wird. Das, was im Decisum versteckt liegt, findet sich in den Motiven auch vollständig deducirt. Die Ansicht, daß ein solches Beweisurtheil in einem gewissen Sinne eine Novation bilde, und zwar nicht nur das Factum, sondern das allgemeine Gesetz novire, und der Beweissatz sich als ein nicht mehr zu beseitigendes Einschiebsel zwischen das allgemeine Gesetz und das Gesetz der Partheien in die Mitte stelle, ist daher gedenkbar. Der gemeine Proceß, der überall in abgeschlossenen Proceßtempo einherschreitet, nimmt consequent diese Ansicht mindestens in der Theorie an, obschon die Praxis in einem bessern Gefühl sich auf eine oder die andere Weise dieser strengen Consequenz zu entziehen sucht. Im französischen Processe, der zu versatil ist, wie die Nation, die ihn ausgebildet, wäre eine solche Auffassungsweise zu unnatürlich. Während die Präclusion so sparsam angewendet ist, würde gerade da, wo die im Processe beschäftigte Person in das Instructionswerk eingreift, von der eine Proceßverschleifung und Proceßverdrehung am Letzten zu erwarten steht, Präclusion eintreten! Diese Präclusion würde wieder das nobelste Element treffen, nämlich die bessere Ueberzeugung, und den Richter verdammen, ein Urtheil wider besseres Wissen zu sprechen! Was man im deutschen Proceß, namentlich gegen den letzt berührten Grund geltend macht, daß auch der Richter ein Urtheil exequiren muß, welches gegen seine Ueberzeugung erlasseni st, an und für sich nicht sehr schlagend, ist im französischen Processe von gar keinem Werth, indem bekanntlich dort die Execution nicht vom Richter, sondern von der Parthei durch den Gerichtsvollzieher geleitet wird. Es ist daher der Satz licet judici ab interlocutorio recedere im französischen Recht als Axiom beinahe allge-

mein anerkannt, wobei man sich nur vor dem Irrthum zu hüten hat, als wenn in der Sprache des Proceßcodex unter interlocutoire jeder richterliche Bescheid, oder jedes richterliche Urtheil zu verstehen wäre, welches nicht dem ganzen Rechtsstreit vermittelst einer Condemnation oder Absolution ein Ende mache, vielmehr ist der Ausdruck hier technisch für das Beweisinterlocut [40]).

---

[40]) Die Frage über die Anwendung des angedeuteten Grundsatzes ist indessen, trotz der im Text entwickelten Auffassungsweise, die wir wenigstens bei keinem französischen Processualisten der Art begründet gefunden haben, im französischen Processe sehr streitig, und es finden sich in der Theorie und Praxis beinahe dieselben Meinungsverschiedenheiten und dieselben Distinctionen wie im gemeinen Processe. Ohne hier noch weiter in die Distinction zwischen praeparatoires und interlocutoires, welche die Sache mehr verwickelt als vereinfacht, einzugehen, sehen wir vorerst den Text der Art. 451 et 452. c. de proc.

Art. 451. L'appel d'un jugement préparatoire ne pourra être interjèté qu'après le jugement definitif et conjointement avec l'appel de ce jugement et le delai de l'appel ne courra que du jour de la signification du jugement definitif, cet appel sera recevable encore que le jugement préparatoire ait été executé sans réserves.

L'appel d'un jugement interlocutoire *pourra* être interjèté avant le jugement definitif, il en sera de même des jugements qui auraient accordé une provision.

Art. 452. Seront reputés préparatoires les jugements rendus pour l'instructionde la cause et qui tendent a mettre le procés en état de recevoir jugement definitif.

Sont reputés interlocutoires les jugements rendus lorsque le Tribunal ordonne, avant dire droit une preuve une verification ou une instruction qui préjuge le fond.

Boitard l. c. II. S. 188. flg. schließt von dem Ausdruck pourra also von der Möglichkeit zu appelliren auf die Nothwendigkeit der Appellation, verfällt sohin in denselben Irrthum, den auch deutsche Processualisten begangen haben. Die Unschlüssigkeit eines solchen Arguments liegt auf flacher Hand. Derselbe fragt, wo denn im Gesetze der Satz

5. Der ganze Proceßmechanismus giebt es an die Hand, daß die Leitung des Processes im Sinne des gemeinen deut-

geschrieben stehe, daß Interlocute nicht binden? In einer Gesetzgebung, wie die französische, die die Prätention hat, jede Materie zu reguliren, und selbst alle Rechtsgewohnheiten aufzuheben. — Art. 1041 c. de pr. könnte eine solche Frage in Verlegenheit bringen, wenn wir nicht auch den Spieß umkehren und fragen könnten, wo steht denn im französischen Proceßrecht formell ein Satz wie jener des Frag. 55. D. de re jud. Judex posteaquam semel sententiam dixit, judex esse desinit, et hoc jure utimur etc. geschrieben? Man kann nicht einmal einwenden, daß die Errichtung der Appellationsgerichte nothwendig die Unabänderlichkeit des Urtheils durch denselben Richter voraussetze. Die allerdings auch dem französischen Rechte bekannte exceptio rei judicatae läßt immer die Frage offen, welches Urtheil macht res judicata? Geht man daher auf die Natur der Sache zurück, so steht man wieder auf dem Gebiete des Raisonnements, und hier namentlich läßt sich sehr Vieles dafür sagen, daß, so lange der Rechtsstreit nicht definitiv entschieden ist, der Richter nur hypothetisch eine Ansicht ausgesprochen hat, und nicht aufgehört hat Richter zu sein, daß er überhaupt, wenn er die Herbeischaffung eines Beweises angeordnet hat, seine Ansicht noch nicht selbst gefangen nehme. Alle Beispiele, die Boitard anführt, umfassen solche Fälle, wo mit dem Beweisinterlocut ausdrücklich eine Exception abgeschnitten, z. B. die Verjährungseinrede, oder wo über die Zuläßigkeit eines Beweismittels entschieden ist. Andere Juristen unterscheiden zwischen dem Richter und den Partheien; diese sollen, wenn die Appellationsfrist verstrichen ist, oder sie das Urtheil ohne Vorbehalt vollzogen haben, unbedingt gebunden sein, der Richter dagegen freie Hand haben (cf. Plank l. c. S. 335). Diese Distinction hat nach unserer Ansicht wieder keine Grundlage. Wenn die Partheien im Voraus überzeugt sein dürfen, daß trotz des Beweisinterlocuts der Richter freie Hand habe, warum sollen sie genöthigt werden, ein kostspieliges Rechtsmittel zu ergreifen, so lange ihnen noch die doppelte Aussicht offen ist, daß entweder der Beweis gelingen, oder mißlingen wird, oder daß es ihnen gelingen wird, den Richter auf andere Ansichten zu bringen. Ebenso ist es eine leere Form, die Parthei, die ein solches Beweisinterlocut vollzieht, anzuhalten, dieses unter Vorbehalt zu thun, und darauf ein Gewicht zu legen. Der Vollzug kann dem Urtheil, als solchem, eine

schen Processes im französischen Processe eben so unnöthig als zweckwidrig wäre. Eine Klagschrift, die die nothdürftigste Andeutung des Klagegrundes zu enthalten hat, deren Stoff unbedingt erweitert und deren Petitum, wie ein Chamäleon noch unzähligemal ändern kann, dem Richter zu überreichen, damit er das Vergnügen habe, dieselbe mit einem communicetur ad excipiendum intra t. s. in die Kanzlei abschicke, und diese das Communicationsdecret ausfertige, und durch einen Gerichtsdiener insinuiren lasse, wäre dennoch eine nichtssagende Form. Noch unthunlicher wäre es mit den defenses und den reponses, die, wenn der Kläger resp. der Beklagte keinen Einwand erhebt, ganz unterbleiben können. Ist ja die Grundidee die, den gerichtlichen Theil des Processes nur in und bei Gericht vorangehen zu lassen und das Proceßmaterial in den Schriften nur vorzubereiten! Indessen würde man sehr irren, wenn man glauben wollte, der Richter habe durchaus keine Proceßleitung, und er könnte dieselbe nicht benutzen, um unnütze Verschleppungen zu verhüten.

größere Kraft nicht geben, als ihm der Richter selbst beizulegen unterstellt wird; und einen Verzicht anzunehmen, dafür liegt doch auch nicht entfernt ein Grund vor. Jede Parthei hat nur einen Zweck, ihren Proceß zu gewinnen; zu unterstellen, daß sie ein eigenes Interesse habe, denselben nur auf die eine Weise zu gewinnen, ist mindestes eine sehr gratuite Supposition. Nichtsdestoweniger finden sich sogar für die Unterscheidung zwischen dem einen Fall der Rechtskraft, Ablauf des Termins, und dem des Vollzugs ohne Vorbehalt Urtheilssprüche und Autoritäten, m. v. Chauveau l. c. IV. Band S. 78 folg. Wieder eine eigenthümliche Theorie stellt auf Rodière l. c. II. Theil S. 346 seq. Ueberhaupt herrscht in dieser Lehre unter den französischen Juristen eine wahre babylonische Sprachverwirrung; wir möchten auch hier fragen, wie wir uns so oft zu thun versucht fühlten: sind denn wirklich neue Gesetzgebungen Panaceen für alle juristischen Wunden?

a) Der Code de proc. bezeichnet mehrere Exceptionen, deren Cumulation mit der Hauptsache nicht nothwendig, ja manchmal nicht thunlich ist, dahin gehören die exceptio cautionis, die fordeclinatorischen Einreden, die Nichtigkeitseinreden und die vom Gesetzbuche bezeichneten dilatorischen Einreden. Nun ist es nicht zu leugnen, daß das Capitel der demandes incidentes maßlos ist, und unter diesen ist im französischen Proceß nicht nur zu begreifen die Klageänderung, ein Klagezusatz des Klägers, eine Reconventionsklage des Beklagten, in wie weit sie nach dem französischen Processe zulässig ist [41]), sondern auch jedes

[41]) Der Code de procedure behandelt die Lehre von der Reconvention nicht, der Ausdruck kömmt sogar in demselben nicht vor, und in einer so rein positiven Materie kann uns auch eine historische Begründung wenig fruchten. Daß der Beklagte auch als Demandeur auftreten könne, wird in den Artikeln 54, 336, 337 und ganz vorzüglich in dem Art. 464 unterstellt.

> Art 464. Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande, à moins qu'is ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la defense a l'action principale.

Dieser Artikel ließe sogar arg. a contr. auf eine größere Befugniß für die erste Instanz schließen, und auch der Art. 54.

> Art. 54. Lors de la comparution le demandeur pourra expliquer, même augmenter sa demande et le defendeur *former celles, qu'il jugera convenable*

scheint auf ein unbedingtes Recht hinzudeuten, jede Klage reconveniendo geltend zu machen; darauf stellte auch der französische Cassationshof zu Paris seine Anträge bei Fertigung des Gesetzbuchs über das Civilverfahren. Sir. XI. 1. p. 15. Die Beschränkung des Reconventionsrechts im alten französischen Recht hatte auch seinen Grund weniger in der Sache selbst, als in dem Gedanken, daß die Jurisdictionen nicht für die Partheien, sondern im Interesse der Gerichtsherrn bestimmt seien, die ein oberherrliches und fiscalisches Recht an jeden Proceß knüpften. Man betrachtete die Reconvention als eine stillschweigende Prorogation; legte aber auch der ausdrücklichen Hin-

Nichtigkeitsmittel sowohl gegen das Rechtsverhältniß, z. B. wegen dolus, vis, error, metus, Minorennität, Mangel der

---

derniſſe in den Weg. *Merlin*, mot, accepter à juge — Les peuples des autres provinces n'ont pas le même avantage. La patrimonialité des justices y exclut toute acceptation à juge *). Darin liegt denn auch der Grund, warum die coutume de Paris die Reconvention beschränkt **). Daß dieser Grund heute wegfällt, braucht kaum bemerkt zu werden. Uns scheinen auch die Gründe von keinem Gewicht, die man aus der Umgehung der Vermittlungskammer hernimmt, oder daraus, daß ein Gericht nur durch eine Citation mit einer Sache betraut werden könne; über das Gewicht des ersten Grundes haben wir uns schon oben Not. 18. ausgesprochen, und der zweite beweißt zu viel, daher nichts; anders erwächst eine Sache dem Gerichte, wenn die Partheien noch nicht im Rechtsstreite begriffen sind, und anders, wenn der Proceß schon im Gange ist. Nichtsdestoweniger glauben wir, daß nach französischem Rechte die Reconvention auf Connexität beschränkt werden muß. Der Grund, den Justinian in seiner bekannten const. 14. Cod. de Sententiis et interlocutionibus für dieses Forum angiebt: cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem non dedignetur, paßte schon unter diesem Kaiser trotz der Begünstigung des Recusationsrechts, so wie des Rechts, sich vom Kaiser einen Richter bestellen zu lassen, nicht so wie dieses etwa zur Zeit Papinians mindestens in judiciis ordin. paßte. Im französischen Processe, wo das Recusationsrecht so sehr beschränkt ist, wäre es eine wahre Derision, von einer stillschweigenden Prorogation zu sprechen; dagegen liegt es im Rechtsbewußtseyn der neuern Zeit, nicht leicht Jemanden seinem natürlichen Richter zu entziehen; eine Competenzbegründung muß daher explicit seyn. Wo aber auch die Competenz begründet wäre; so müßte wieder eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorhanden sein, um im mündlichen Verfahren Sachen, die keinen Zusammenhang haben, zusammen behandeln zu lassen. Sowie es im Geiste des französischen Processes liegt, ein Rechtsverhältniß, ist es einmal bei einem Gerichte zur Sprache gekommen, dort erschöpfend behandeln zu lassen, ebenso möchte ein Anhängsel wie ein caeterum Carthaginem delendam esse censeo unpassend sein. Die Connexität ist aber entweder eine natürliche oder eine juristische. Natürlich ist erstens

*) Ein deutschrechtlicher Pendant zu der französischen Reconv. Glück III. §. 306.

**) Vergl. Toullier VII. S. 420. Schlink II. S. 98.

Autorisation u. s. w., wie auch gegen die Beweismittel, ja die proceßhindernden Einreden des deutschen Processes, die exceptiones praescriptionis, litis finitae, transactae, können in der Form von demandes incidentes vorgebracht werden. Läßt der Vorsitzende zu, daß in solchen Fällen der Beklagte das erste Wort nimmt, sich auf die Hauptsache nicht einläßt, daß der Beklagte im Incidentpunkt sich auf diesen beschränkt, dann natürlich kann er nunmehr nach unserer angegebenen Grundidee nur über diesen Incidentpunkt entscheiden, und er muß möglicher Weise eine Sitzung für die Hauptsache anberaumen. Spielen ihm die Partheien nachher wieder denselben Streich, so kommen wir wieder nicht an's Ziel. Der Richter leitet aber im französischen Proceß die

jedes Petitum connex, das sich zwar der Form nach als Angriff darstellt, dennoch nur eine Abwehrung ist, also Nullitätsmittel, die man eigentlich per modum exceptionis und in forma actionis geltend macht, ebenso Resolutions- und Rescissionsklagen, die der Beklagte gegen das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniß erhebt. Zweitens, alle actiones contrariae stehen in natürlicher Verbindung mit der Hauptklage. Künstlich ist die Connexität bei dem Vorschützen einer Compensationseinrede. Auch dieses Mittel bildet, trotzdem, daß die Compensation ipso jure wirkt, nach römischem Rechte eine Exception, und nach französischem Rechte eine demande incidente reconventionelle, weil die Compensation, oder das Begehren, daß dasjenige, was ursprünglich als Obligation angenommen wurde, jetzt als Solution gelte und wirke, auch vorgeschützt werden muß *). Ist das Mittel vorgeschützt, so liegt die Connexität in der solutio, die in engster Verbindung mit der obligatio steht, und die vom Beklagten zu erwirkende Condemnation für den überschießenden Theil der Forderung steht wohl wieder in Verbindung mit dem durch die Exception absorbirten Theil.

*) Die Schwierigkeit, die Schlink findet, die Wirkung der Compensation ipso jure mit der Bezeichnung derselben als nouvelle demande im Art. 464. zu vereinigen, scheint nicht begründet, daher auch nicht das, was er und Toullier l. c. daran knüpft. Cf. Vangerow Leitfaden III. S. 353.

Audienz wie im deutschen Processe den Schriftenwechsel. So wie die Partheien zuweilen bei einer nicht durchgreifenden Proceßdirektion in diesem Processe die Einlassung in der Hauptsache, daher die Vortheile der Eventualmaxime durch Vorschützung von Einreden als proceßhindernd, durch fingirtes Verlangen von Aktenacclusionen, durch Termingesuche zu verschleppen suchen; so können sie in jenem durch Anhäufung von wirklichen oder fingirten Incidentpunkten den Streit verschleppen. Dann fehlt es aber an einem Dirigenten. Der Artikel 338. 2. Absatz, indem er sagt: Toutes les demandes incidentes seront jugèes par préalable, *s'il y a lieu*, überläßt es offenbar dem richterlichen Ermessen, ob der Incidentpunkt für sich behandelt werden, daher von der Einlassung befreien solle oder nicht, und der Richter wird auch hier, wenn die Einreden nicht liquid sind, auf der Cumulation bestehen. Veranlaßt er den Kläger, Anträge in der Hauptsache zu nehmen, und beharrt der Beklagte bei seinem System, sich nur mit der Einrede zu vertheidigen, so muß er es wagen, daß der Richter das Klagefactum, namentlich, wenn dasselbe in der Ladung oder in einer folgenden Urkunde gehörig articulirt ist, für zugestanden erachtet, und er, falls die Einrede abgewiesen wird, mit seiner Vertheidigung in der Hauptsache durch die nunmehr erfolgende sententia definitiva ausgeschlossen ist [42]).

---

[42]) Es liegt ein solches Verfahren ganz im Geiste des Code de procedure, der abweichend von der Ordonnanz Tit. V. §. 5. die fins de non recevoir au fond. processualisch nicht auszeichnet. Bei getheiltem Verfahren bekommen wir ein contradictorisches Urtheil über den Incidentpunkt, und vielleicht ein defaut contre avoué in der Hauptsache; giebt der Dirigent eine solche Willkühr nicht zu, dann haben wir ein contradictorisches Urtheil in der Hauptsache, und der Proceß ist erledigt. Cf. *Chauveau* Adolph II. Qu. 615., auch arg. a contr. Art. 172.

b) Der Code de proc. kennt kein Beweisinterlocut als nothwendiges Stück eines gehörig geordneten Processes. Regelmäßiger Beweis ist im französischen Processe der Urkundenbeweis, und kein Gesetz verbindet den Richter, der Parthei, welche mit Urkunden beweisen will, wenn sie beim ersten Vortrag nichts producirt hat, hierzu einen Termin zu gestatten, am Wenigsten ein förmliches Urtheil auf Beweis zu erlassen. Besteht der Dirigent darauf, daß Urkunden, wenn sie vorhanden sind, gleich vorgebracht werden, erfolgt mindestens regelmäßig, im Falle der Vernachlässigung, eine Kostencondemnation, dann wird der Urkundenbeweis cumulirt, und es hängt wieder nur vom Zufalle ab, ob es noch Gelegenheit giebt, eine nicht vorgebrachte, und nicht präcludirte Einrede weiter vorzubringen, worauf es gewiß der Excipient so leicht nicht ankommen läßt.

Dieser Theil der Proceßleitung geht schon vom Präsidenten allein während der Audienz aus, und nur im Falle einer Protestation kann das Gericht berufen werden, über diese die Haltung der Audienz betreffende Leitung zu entscheiden.

c) Ganz so steht dem Gericht eine Proceßleitung zu, indem dasselbe wechselseitige Insinuationen von Beweismitteln, genauere Articulationen von Thatsachen, Verbindung mehrerer Proceduren, Trennung derselben verordnen, überhaupt jedes zweckmäßige Mittel ergreifen kann, um den Proceß sicher und schnell seinem Ziele zuzuführen, wie dieses der Code de procedure in seinem Artikel 451. als sich von selbst verstehend voraussetzt.

VI) Endlich folgt wieder aus dem angegebenen Grundprincipe und der daraus hergeleiteten Construction des Processes, daß die Appellationsinstanz eine selbstständige Stellung hat.

a) Die Appellation wird eingelegt wie eine Klage durch eine gerichtsbotliche Ladung; Relevanzbescheide giebt es nicht. Es erscheinen vielmehr auch hier wieder beide Partheien, tragen dem Richter ihre Fragen vor und derselbe entscheidet. Ein Acteneinholen vom ersten Richter ist ohnehin nicht möglich, weil keine solche vorhanden sind. Nach strenger Consequenz kann auf die vom Appellanten vorgelegten, vom Gegner nicht controlirten Acten keine reformatorische Entscheidung erfolgen; und da der Richter den Proceß nicht leitet, so würde es an jedem Fortgange des Verfahrens fehlen, wenn es dem Appellaten nicht möglich gemacht wäre, seinerseits die Sache zum Vortrag zu bringen.

b) Da in der ersten Instanz keine Präclusion eingetreten ist, und dasjenige, was dort nicht vorgebracht wurde, um deswillen nicht weiter vorgebracht werden konnte, weil der Proceßfaden durch eine Definitivsentenz abgeschnitten wurde, so folgt von selbst, daß jetzt, wo derselbe wieder aufgegriffen wird, alle Nova vorgebracht werden können, wie sie in erster Instanz noch zulässig gewesen wären; der Beklagte wird sohin ohne Zweifel jede neue Einrede, selbst wenn sie in der Form einer demande geltend zu machen ist, proponiren können. Der Kläger ist allerdings hierin beschränkter, man wird ihm nicht gestatten können, eine in erster Instanz aus dem vorliegenden Verhältnisse nicht gezogene und nicht geltend gemachte Rechtsfolge zu ziehen; bei dem Kläger entscheidet auch der Gesichtspunkt der Forclusion nicht, denn ihm bleibt für seinen Angriff, wenn er ihn in zweiter Instanz nicht vorbringen kann, immer noch die neue Klage übrig, und es ist billig, dem Beklagten das Recht der ersten Instanz nicht zu entziehen; der mit Rechtsmitteln ausgeschlossene Beklagte würde in der Regel einen irrepa-

rabeln Schaden erleiden, es sind ihm daher auch neue Mittel gestattet.

§. 5.

Nach der bisherigen Zusammenstellung muß es klar geworden sein, daß zwischen dem wesentlichen, an strenge Regeln gebundenen, vom Richter controlirten, auf dessen Instruktion vorzüglich berechneten Schriftenwechsel des gemeinen Processes, und dem gewöhnlich der Willkühr der Parthei frei gestellten, regellosen, uncontrolirten, auf die Instruction der Partheien hauptsächlich berechneten Schriftenwechsel des französischen Processes keine Aehnlichkeit zu finden ist, daß die Mündlichkeit des Processes nicht eine bloße Form des Vorbringens bezeichnet, sondern daß der Character der Mündlichkeit, nach dem, was wir schon bis jetzt herausgehoben haben, sich in der Gleichzeitigkeit der Verhandlungen beider Partheien ausdrückt, was natürlich durch ein schriftliches Verfahren nicht zu erreichen steht. Wir kehren daher jetzt zu dem oben §. 2 aufgestellten Problem zurück und fragen, soll das mündliche System des französischen Prozesses oder eine Mündlichkeit der Art als Zugabe zu dem bisherigen processualischen Verfahren eingeführt werden, daß an die Stelle der Relation und Correlation der mündliche discutirende Vortrag der Partheien trete, und daß vorzüglich der Rechtspunkt dieser Discussion vorbehalten bleiben soll?

Wir sprechen uns unbedingt für das erste System aus, womit, wie sich von selbst versteht, nicht gesagt ist, daß wir wünschten, den französischen Code de proc. in globo auf deutschen Boden verpflanzt zu sehen. Eine solche Affenliebe für die fremden Rechte hatten wir nie, daß wir

das Heil der Welt an einen schlechten Text geknüpft glaubten. Ueberdies will uns das französische Executionswesen nicht munden, welches einer Klasse von Beamten sein Entstehen giebt, die subalterne Verrichtungen, zu welchen sich ein Mann von wahrer wissenschaftlicher Bildung nicht leicht verstehen wird, mit Prätentionen verbindet, die durch ihre selbstständige Stellung, und durch ihr wichtiges Amt die Befehle der Justiz zu vollziehen nicht unberücksichtigt bleiben können; deren Wohlstand auch nach der Natur der Institution sich auf das Unglück und das Elend ihrer Mitmenschen gründet und gerade der Armuth ihren letzten Pfennig entzieht [43]); andere sehr bedeutende Inconvenienzen gar nicht zu erwähnen, die sich ganz natürlich daraus entwickeln, daß der mit der Execution beauftragte Beamte, eben weil er nur ein blindes Imperium ohne alles Notio hat, bei jedem wahren oder fingirten Incidentpunkt einhalten muß, wobei die Sache selbst der einfachsten Art zu einem förmlichen Processe vor einem Collegialgerichte erwächst [44]). Es

---

[43]) Wir lassen hier die Persönlichkeit der bezeichneten Beamten aus dem Spiele, obschon wir auch nicht leugnen können, daß eine schlechte Institution auch den besten Menschen verdirbt, namentlich eine solche, die die Befriedigung des Egoismus auf das Unglück hinweißt, und die dem nur zu leichten Hange zu excediren nicht einmal ein Gegengewicht in der rein mechanischen Natur der Functionen und in der Entblößung von jeder gediegenen Bildung giebt. Das Unglück ist sogar noch größer, wenn sich bei diesen Beamten der Dünkel des Wissens, eine gewisse Färbung von juristischer Vertrautheit mit den modernen und dennoch in fremder Sprache abgefaßten Gesetzbüchern mit der Schlüpfrigkeit ihrer Stellung verbindet! exempla sunt odiosa: wo aber französisches Recht gilt, wird sich das Original zu dem angedeuteten Porträt leicht finden.

[44]) Nach einem fundamentalen Grundsatze der französischen Ge-

ist Niemanden, der mit diesem Theile des französischen Proces vertraut ist, schwierig, den Fortgang des Vollzugs ge-

richtsorganisation theilen sich die Gerichte in ordentliche und außerordentliche ein, jene haben die plenitudo jurisdictionis, diese nur eine exceptionelle streng nachzuweisende Competenz. Nur die ordentlichen Gerichte erkennen über der Execution ihrer Urtheile nicht aber die außerordentlichen. Die Friedensgerichte und Handelsgerichte gehören zu diesen, die Gerichte erster Instanz zu jenen. Gesetzt, ich habe für eine kleine Summe, setzen wir fl. 10, ein Urtheil beim Friedensgerichte erwirkt, und ich übergebe dasselbe dem Gerichtsvollzieher, der dem Schuldner einen Zahlbefehl zustellt, und es erhebt dieser aus irgend einem futilen Grund Einwand, weil er behauptet gezahlt, sich mit dem Gläubiger auf einen Termin verstanden zu haben u. dgl. m. Nun steht die Execution still, der Gläubiger muß sich einen Anwalt bestellen, der Schuldner erscheint zum ersten Mal nicht, erstes Urtheil par defaut, dagegen erhebt er Einwand, erbietet sich zum Urkundenbeweis, zweites Urtheil, diesen führt er nicht, deferirt den Eid, drittes Urtheil, der Eid wird geschworen, und nunmehr der Einwand abgewiesen, viertes Urtheil. Die Akten werden jetzt dem Gerichtsvollzieher mit dem Anfug eines Kostenexecutoriums viel stärker als die Hauptschuld zur Fortsetzung der Execution übergeben; und nunmehr garantirt Niemand, daß sich dieselbe Operation nicht abermals wiederhole. Hätte der Richter die Execution, er würde illiquide Einreden nicht annehmen, den Vollzug fortsetzen, vorbehaltlich dem Schuldner in separato condictione indebiti aufzutreten; bei einem solchen Bewußtseyn unterbleibt der Versuch zu solchem boshaften, den Schuldner und Gläubiger gleich ruinirenden Verfahren, das am Ende nicht einmal so arg gemeint ist, und nur die Erhaltung eines Termins erzweckt, den natürlich der Gerichtsvollzieher nicht geben kann.

In innigem Zusammenhange mit dem Institute des selbstständigen von der Parthei geleiteten, durch eigene Executionsbeamten bethätigten Urtheilvollzugs steht das Notariatsinstitut. Es ist nämlich bekannt, daß die Notarien solche öffentliche Beamte sind, bestimmt in Rechtshandlungen, welchen die Partheien Authentizität geben wollen oder geben müssen, in schriftliche Urkunden unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten aufzunehmen. Les notaires sont les fonctionnaires publiques, sagt der Artikel 1. der Loi vom 25. Vent. XI.

radezu unmöglich zu machen, so leicht lassen sich hier Incidente auf Incidente häufen, und nur weil die Menschen

---

über das Notariat, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver les dépôt en delivrer les grosses et expeditions. Nicht genau ist es, wenn man gewöhnlich sagt, die Notarien übten eine freiwillige Jurisdiction aus; indem zu den Conventionen, welche sie authentificiren, es keiner Gerichtsbarkeit, bedarf; wo eine Jurisdiction erfordert ist, zum Beispiel, in dem reinen Familienrecht, bei der Adoption und Emancipation, in dem angewandten bei dem Alienationsdecret von Pupillengütern sind nicht die Notarien, sondern die Gerichte thätig. Auf historischen Grundlagen beruht es, daß wenn vor dem Notar das Geständniß einer Schuld gemacht, und die Verbindlichkeit übernommen ist, dieselbe zu zahlen, dieser Beamte die Verbindlichkeit hat, dem Gläubiger eine mit der Executionsformel versehene Ausfertigung (grosse) zu ertheilen, welche, wenn der Gegenstand der Schuld eine certa pecunia ist, ohne weiteres mittelst Pfändung und Veräußerung von Vermögensstücken des Schuldners vollzogen werden kann; ist der Gegenstand der Schuld aber nur eine res certa, de omni re certa, so kann nur bis zur Pfändung vorangeschritten werden; andre als Vermögensexecutionen können dagegen nicht vorgenommen werden (Art. 545, 551, 780, c. de proc.), und wird die Leistung eines reinen Factums übernommen, so muß auch hier der gewöhnliche Proceß eingeschlagen werden; so wie es sich von selbst versteht, daß die Execution nur unter den Contrahenten und denjenigen, die an deren Stelle treten, stattfinden kann. Würde daher die Execution den Gerichten übertragen, so würde die parata executio in einen der Mandatsprocesse sine oder cum clausula übergehen, vielleicht bis zum Executivprocesse herunterfallen. Aber gerade hier stoßen wir wieder auf eine sehr wunde Stelle des französischen Processes, weil uns hier die Legislation verläßt, und es der Praxis an jedem Haltpunkt fehlt. Der Civilcoder sagt in seinem Artikel 1319, daß die Execution der öffentlichen Urkunden nur durch einen bis zur Versetzung in den Anklagestand gegen den auctor falsi gediehenen Criminalproceß oder durch eine im Laufe des Civilprocesses vorgenommene Falschheits-

besser sind, wie die Institutionen, stellt sich die Sache im Leben so grell nicht heraus, aber Beispiele giebt es dennoch,

---

bezüchtigung (inscription en faux incident) suspendirt werden könne, letzteres sogar erst nach Maßgabe des richterlichen Ermessens. Der Weg, wie die Sache von dem Executionsbeamten an das Gericht gebracht werden kann, ist hier so wenig wie im Proceßcodex angegeben. Nun liegt es aber auf flacher Hand, daß nothwendig eine Reihe von Verhältnissen eintreten können, wo eine gerichtliche Entscheidung erfordert ist, und es auch Einreden geben muß, die in jeder Executionsinstanz zuläßig sind. Wir wollen nur einige anführen:

1) Einreden, entnommen aus der Qualität des Beamten, der die Execution leitet; ein Steuerboten exequirt, wo nur ein Gerichtsbote exequiren könnte.
2) Einreden gegen die Form der Executionsacten und ihre Gehörigkeit; es wird zur Pfändung ohne vorhergegangenen Zahlbefehl geschritten.
3) Einreden gegen die Legitimation, und zwar sowohl active als passive des exequirenden Gläubigers und exequirten Schuldners,
4) Einreden gegen die Gültigkeit des Titels in Bezug auf Form und Competenz der Beamten.
5) Einreden gegen die Gültigkeit des dem Titel zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, vorzüglich exceptio doli und simulationis u. s. w.
6) Einreden des nicht gehörig erfüllten Vertrags von gegentheiliger Seite, der nicht bestehenden Bedingung u. s. w.
7) Einreden aus der durch neu eingetretene Verhältnisse entstandenen Erlöschung der Verbindlichkeit, also exceptio solutionis, compensationis, novationis u. s. w.

Es muß einen Weg geben, wodurch der mit der Execution angefallene Schuldner sich gegen einen unredlichen Gläubiger zu retten vermag. Hierüber im Proceßcodex altum silentium, man müßte denn den magern Art. 553. c. de proc. hierher rechnen:

> Art. 553. Les contestations élévées sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce seront portées au tribunal de prémière instance du lieu ou l'execution se poursuivra,

so wie bei Immobiliarexecutionen durch eine weite Interpretation, die

wo gerade ein reicher böswilliger Schuldner seinen Gläubiger so müde gemacht hat, daß er sich resignirte, auf dessen Tod zu warten, und auf die Gier der Erben die Verlassenschaft baldigst zu theilen zu speculiren. Ebensowenig können Proceduren vertheidigt werden, wie das Theilungsverfahren des französischen Processes, das so furchtbar kostspielige Rangordnungsverfahren u. s. w.; eine Reihe von andern Verfügungen des Codes nicht zu gedenken, die improvisirt nicht principiell aufgefaßt, ein wahres Wespennest von Proceßcontroversen erzeugten, die schlimmsten für die Partheien, weil Niemand als die Anwälte dabei gewinnt; wir erinnern an die blos ebauchirte Lehre vom Verbindungs-

---

mehr logisch als grammatisch richtig ist, alle die angedeuteten Mittel als moyens de nullité characterisirt werden, und in einem bestimmten Termin anzubringen sind. Die Praxis hat sich mit der einfachen Opposition geholfen, der Schuldner nämlich, der sich auf diese Weise angegriffen sieht, oder es auch nur vorgiebt, läßt dem Gläubiger andeuten, wie er Einwand erhebe, giebt ihm Ladung, und stellt seine Conclusion, das Executionsverfahren zu annulliren. Nun fehlt es an einer geregelten Form für diesen Oppositionsproceß, es fehlt an einem Regulativ, wie die Mittel beschaffen sein müssen, um in diesem seiner Natur nach äußerst summarischen Processe geltend gemacht werden zu können, es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung, ob diese Opposition suspensive Kraft habe oder nicht; ja es ist noch zweifelhaft, wer in diesem Processe als Kläger, und wer als Beklagter zu behandeln sei, was schon an und für sich nicht gleichgültig ist, man denke an die except caut., und mit Rücksicht auf die Frage der Appellabilität von um so größerer Bedeutung im französischen Proceß erscheint, als die summa petitionis und nicht die summa gravaminis die Berufbarkeit bestimmt! Durch diesen improvisirten Oppositionsproceß verliert die so hochgepriesene execution parée viel von ihrem Werth und der gerichtsbotliche Zahlbefehl gilt endlich nicht mehr als ein mandatum cum clausula ohne peremptorische Terminbestimmung; und dennoch waren zwei Drittel der Processe, solange ich am Kreisgerichte fungirte, ohne die Theilungsproceduren und die Contumacialurtheile mitzurechnen, Oppositionsprocesse!

urtheil, an das System der Contumacialurtheile an die an sich so einfache und im französischen Processe so verzweifelten Lehre von der Urtheilsredaction [15]) u. s. w., u. s. w. Das

[15]) So bilden die Artikel 156, 158 und 159 c. de proc. eine wahre Crux interpretum, und was noch das schlimmste hier ist, besteht darin, daß diese Artikel nicht einmal eine Geschichte und eine Discussion haben, sie bilden vielmehr neues Recht und wurden vielmehr in ihren Hauptbestimmungen improvisirt. Nach hunderten von widersprechenden Urtheilssprüchen gelang es Boitard in seinem mehr angeführten Werke I. S. 392—304 eine eben so scharfsinnige als brauchbare Theorie aufzustellen; aber noch sehr bedeutende Hauptschwierigkeiten sind nicht gelöst.

1. Es ist eine gesunde Idee, gegen eine lang bestandene Ansicht den Artikel 156, welcher die Execution der Contumacialurtheile während sechs Monaten vom Tage ihres Erlasses vorschreibt, nicht mehr aus dem Inhalte des Artikels 159 zu interpretiren, welcher sich mit der Frage beschäftigt, wie lang Einspruch gegen diese Urtheile von Seiten der ausgebliebenen Parthei zulässig sei, obschon diese Ansicht gerade zu gegen den Inhalt der Discussion im Staatsrath geht. Cf. Locré l. c. 21. S. 280.

M. Muraire objecte, qu'il n'est pas toujours possible d'executer le jugement dans les six mois. quelques fois il y a des pièces a verifier, des liquidations a faire. Enfin on est obligé de procéder a des operations prealables, qui prennent beaucoup plus de temps.

M. Treilhard dit que la section ne propose d'exiger que l'exécution sera parfaitement consommée dans les six mois. L'article 153 — der Art. 159. des Gesetzbuchs — explique le mot exécution.

Dem Verf. war als Anwalt die Vollführung eines Theilungsverfahrens im Armenrechte aufgetragen, die Theilungsbeklagten wohnten im Auslande, und hatten sich einmal vorgenommen gehabt nicht zu erscheinen. Er erwirkte Contumacialurtheil, impetrirte vom Notar Termine zur Fertigung des Inventars, Entwerfung des Theilungstatus, Anberaumung einer Tagefahrt zur Abgabe von Contestationen, um dann die Sache wieder in die Sitzung zu bringen. Da zu allen diesen Operationen die Ausländer zu rufen waren, so gab es immer lange Ter-

Proceßsystem des französischen Processes halten wir aber für viel vorzüglicher als das System

---

mine; kaum glaubte die klagende Parthei, sie wäre am Ende, so waren die sechs Monaten verflossen, dem Verfahren fehlte es an einer Basis, und man mußte wieder von vornen anfangen. So wälzten sich Parthei und Anwalt an diesem wahren Stein des Sisyphus mühevoll ab, kaum glaubten sie die Anhöhe erreicht zu haben, so rollte er ihnen wieder mit Blitzesschnelle herunter. Es blieb nichts übrig, als eine Diversion zu machen, und mit einiger Aufopferung einen der Beklagten zu veranlassen, zu erscheinen; wer war glücklicher als der Kläger, man erwirkte Verbindungsurtheil, und erhielt dann endlich ein rechtskräftiges Urtheil für die Fortführung der Theilungsoperation? Nach der Ansicht von **Boitard** soll weder eine consommirte Execution, noch eine der Executionsarten erfordert sein, die der Art. 159 ausdrücklich beschreibt, überhaupt soll der Verfall des Urtheils schon durch irgend einen Executionsact gedeckt seyn. Aber nunmehr fragt es sich: genügt irgend eine Vollzugshandlung, die willkührlich unterbrochen oder gar unterlassen wurde, oder muß dieselbe, wenn auch nicht gerade in den sechs fatalen Monaten zu Ende geführt, dennoch ununterbrochen fortgeführt werden? Die erste Hypothese würde den ganzen Zweck des Gesetzes stören, die zweite führt aber wieder zu der weitern Schwierigkeit, daß bei einer etwas verwickelten Executionsprocedur es kaum möglich ist, daß gar kein Institium bleibt. Es ist nicht möglich, einen Proceßgang so einzuhalten, daß auch kein Tag versäumt werde; welche Unterbrechung ist erlaubt und welche annullirt das ganze Verfahren? In unserer Vorlesung lehrten wir den uns allein zum Ziele führenden Ausweg, in einem solchen Fall auf das Ermessen des Gerichts zu verweisen; freilich hier ein trauriger Behelf!

2. Nach dem Art. 159 selbst der **Boitard**'schen Auslegung soll ein Contumacialurtheil solange mit Opposition angegriffen werden können, bis dasselbe vollzogen ist, wenn kein Fall vorliegt, in welchem der Artikel selbst eine bis zu einem gewissen Stadium fortgeführte Execution für genügend erklärt, es auch nicht durch irgend eine vom Ausgebliebenen ausgehende Handlung sicher wird, daß er Kenntniß von der Execution hat. Derselbe **Boitard** erklärt aber den Art. 548 c. de proc. dahin, daß Urtheile, welche einem Dritten auflegen, etwas zu thun, nicht eher von diesem Dritten vollzogen werden dürfen, als bis keine Opposition mehr zulässig ist. **Boitard** l. c. II. S. 301—304. Man

stem des schriftlichen Processes mit mündlicher Schlußverhandlung.

Als Bedingung des französischen Systems setzen wir aber die Formalisirung der Beweismittel voraus. Wo jeder Gegenbeweis zuläßig ist, wo es keine typischen Beweismittel

---

löse nun das Räthsel: Opposition ist zuläßig, so lange bis exequirt ist; exequirt kann aber nicht werden, solange Opposition zuläßig ist! Der letzt genannte Schriftsteller ignorirt die Schwierigkeit; Chauveau, der jedoch mit sehr bedeutenden Modificationen die Boitard'sche Theorie annimmt, sagt allerdings in seinem Commentar zu Art. 548 c. de proc., daß es Fälle gebe, wo man nicht umhin könne, die Execution selbst eines nicht rechtskräftigen Urtheils durch Dritte verlangen zu können. Die Fälle, die hier berührt werden, sind nicht unwichtig. Auf eine Opposition gegen den Abschluß einer Ehe durch den Civilstandsbeamten und die Ladung an den Opponenten, die Opposition aufheben zu hören, erscheint derselbe nicht, eine Kostencondemnation ergeht nicht, oder ist nicht zu vollziehen. Wie soll ein solches Urtheil exequirt werden?

3. Nach derselben Theorie soll eine Opposition nicht mehr zuläßig sein, sobald der Ausgebliebene Kenntniß von der gegen ihn ins Werk gesetzten Execution erhält. Wird nunmehr von diesem Augenblicke an das Urtheil rechtskräftig? Das wäre absurd; welche Frist bleibt aber dem Ausgebliebenen noch? Man wird antworten: 8 Tage, man wird aber wieder diese Antwort nicht nur mit keinem Gesetzestext unterstützen können, vielmehr steht der Buchstaben der Art. 158 u. 159 mit dieser nothgedrungenen Ansicht im offenbarsten Widerspruch.

Keiner Theorie ist es noch gelungen, den Einfluß einer solchen Opposition auf das ergangene Contumacialurtheil zu fixiren. Wird durch eine solche Opposition der Rechtsstreit wieder für beide Partheien in den frühern Zustand gesetzt, oder bleibt die eine Parthei an die genommenen Anträge gebunden? Wie steht es mit den Executionshandlungen, die vor eingelegter Opposition vorgenommen wurden, verlieren sie von selbst ihre Wirkung, oder wird diese Wirkung nur suspendirt? Man wird wohl am besten die Grundsätze von der in integrum restitutio anwenden, und die rescissorischen Wirkungen erst eintreten lassen, wenn die Opposition angenommen ist; wünschenswerth wäre es aber, wenn aus dem Gesetze selbst sich der Gesichtspunkt mit Sicherheit angeben ließe.

giebt, die in der Regel gegen einen Gegenbeweis durch Zeugen sicher stehen, da ist unseres Dafürhaltens ein Beweisinterlocut unentbehrlich, wenn auch nur zu dem Zwecke, um zu einem peremptorischen Termin für den Gegenbeweis zu gelangen, und die sich durchkreuzende Behauptungen, die alle ihre Relevanz haben, zu beseitigen. Ein solches Beweisinterlocut führt aber unumgänglich zur Eventualmarime, weil, wenn das Gebiet der Behauptungen oder der Negirungen nicht in einem Vorverfahren abgegränzt ist, es mit den Beweisinterlocuten kein Ende nehmen kann. Die strenge Durchführung dieser Marime setzt aber das schriftliche Verfahren voraus; ein Präclusionstermin als Regel, verbunden mit dem mündlichen Verfahren, führt zu formellem Unrecht, und macht eine leichtere Terminsgestattung nothwendig, die wieder bei dem mündlichen Verfahren mit bedeutenden Inconvenienzen verbunden ist. Demjenigen, der in der Stille seines Cabinets Zeit zum Nachdenken über ein künstlich gegliedertes Vertheidigungssystem hat; dem Anwalt, der, wenn er die Feder zur Hand nimmt und bei Entwickelung der Mittel auf eine Lücke in der aufgenommenen Instruction fällt, Zeit hat, seinen Principal nochmals zu sprechen, und sich genauer zu erkundigen; dem selbst die Duplik noch die Zuflucht läßt, in eine nähere Zergliederung seiner Behauptungen einzugehen, dem kann man billig und mit Recht zumuthen, mindestens die technischen Grundzüge seiner Mittel, wenn auch die Carnation etwas spärlich ausfällt, unter Präclusionsstrafe zusammen vorzubringen. Die Schrift selbst kann die Parthei oder der Anwalt oft genug überlesen, und noch vor der Erhibition nachhelfen. Wenn nur die Proceßordnung zwar keine langen Termine gestattet — diese taugen nichts, — der beschäftigte Anwalt kann dennoch nur den

letzten Tage benützen, und der unbeschäftigte, gewöhnlich auch faul, findet in langen Terminen nur ein bequemes Kissen für seine Trägheit, und thut am Ende dennoch nichts — aber kurze Termine bei einigermaßen bescheinigtem Hinderniß wiederholt, dann leidet das materielle Recht bei der Eventualmaxime wenig oder gar nichts. Eine solche wiederholte Termingestattung schadet auch dem Gegner nicht, der ruhig zu Hause das Einlaufen der Schrift abwartet, und höchstens für die Küche eine Contumacialanklage einschiebt, auf den Fall hin, daß der andere Theil noch nicht geantwortet hätte. Ganz anders gestaltet sich die Sache bei dem mündlichen Verfahren; die eine Parthei muß bereit sein, sobald die andere vorangehen will, die Zeit, die vor dieser durch eine Aufforderung des gegnerischen Anwalts erfolgenden Anregung des Rechtsstreits, vor diesem avenir oder dem simple acte, wovon der Code de procedure so oft spricht [45]) verstreicht, bildet zuweilen einen langen Termin, dessen Ende man nicht absieht, weil es der Natur des Processes nach an der fleißigsten, daher an der interessirten Parthei ist, die Sache in den Gang zu bringen. Diese hat nun jede Zeit sich vorzubereiten, und hat sie ihr Material gesammelt, so bläst sie zum Aufbruch: i mecum in jus. Von gegentheiliger Seite blieb die lange Zeit, die gar das Stachelnde eines Termins nicht hatte, nach dem natürlichen Lauf der Dinge unbenutzt. Der Rechtsstreit beginnt eigentlich mit diesem fatalen avenir. Jetzt mit Leichtigkeit Termine zu gestatten, hat seine sehr bedeutenden Mißstände, die Parthei, die handeln will, muß sich eben so in der Audienz einfinden, wie diejenige, die nicht handeln wird, der Richter,

[45]) Cf. Art. 80. 405. c. de proc.

oder das Gericht, von dem man den Termin verlangt, besitzt keine Akten, kann also kaum selbst ermessen, ob es nachsichtig oder streng sein soll; die Nachsicht wird aber sehr oft mißbraucht, und um deswillen sehen wir, wie bei einem minder energischen Präsidium, die Rückstände aufwachsen, und die Sitzungstage sogar unbenutzt vorübergehen. Es ist daher strenges Festhalten an der Tagsbestimmung und dem gesetzlich oder reglementarisch einmal ohne weiteres zu gestattenden achttägigen Termin [46]) zu halten. Wie will man nunmehr mit Strenge eine Forclusion anwenden ohne zu befürchten das formelle Recht dem materiellen zu opfern? Aber auch die Mündlichkeit des Vortrags läßt eine Revision des Vorgetragenen nicht zu; man kann sich nicht leicht überzeugen, ob nicht ein Mittel übersehen wurde, und ist es übersehen, so könnte es nicht nachgeholt werden. Schon aus diesen Rücksichten kannte der römische Proceß diese in der Schriftlichkeit des Verfahrens wurzelnde Eventualmaxime nicht [47]), indem nach demselben der Richter sogar nach geschlossenem Vortrag den Partheien Termin gestatten soll, etwa Versäumtes nachzuholen. Die Sache hat aber im mündlichen Verfahren auch noch andere Seiten: der Schriftverfasser kann abbrechen, und weiter arbeiten nach Bequemlichkeit; er kann daher jeden Theil des Vortrags, das Hauptmittel, wie das eventuelle Mittel, mit gleicher Kraft und gleicher Energie ausarbeiten, ihm bleibt bei Darstellung des eventuellen Mittels die Möglichkeit zur vollen Abstraction von der Ueberzeugung, die ihn bei der Entwickelung des Hauptmittels belebte; eine solche Abstrac-

---

[46]) Arg. Art. 69. des Decrets vom 30. März 1808.

[47]) Zu vergleichen vorzüglich const. 9. de jud. und Nov. 116. c. 2.

tion ist namentlich bei dem Anwalte im mündlichen Vortrag nicht leicht möglich, der eine feste Ueberzeugung hat, für ein Mittel sich passionnirt, und gewöhnlich, wenn er eventuell vortragen soll, seine Kraft und seine Eigenthümlichkeit verliert. Die Partheien häufen alle Eventualitäten, nicht so hat es der Richter nöthig; findet er im ersten Mittel seine juristische Ansicht begründet, dann geht ihn das Weitere wenig an. Bei mündlichem collegialischem Verfahren würde der Richter, der etwa schon bei dem Vortrage des Nichtigkeitsmittels überzeugt wäre, mit bedeutendem Zeitverlust noch eine Serie von Mitteln hin- und her debattiren hören müssen, die kaum mehr seine Aufmerksamkeit zu fesseln im Stande sind. Nun ist aber wieder beim mündlichen Verfahren die Zeitöconomie um so wesentlicher, als die Audienzzeit, die für die eine Sache rein unnütz verschwendet wird, für alle Partheien, die in derselben Audienz auf den Vortrag ihrer Sache harren, rein verloren ist. Eine strenge Durchführung der Eventualmaxime wird sohin auf große Schwierigkeiten stoßen; ihre Entfernung bei freiem Beweise halten wir für eine Calamität [47].

---

[47]) Man könnte geneigt sein, aus der Procedur beim Handelsgerichte das Gegentheil von dem im Texte bemerkten zu argumentiren, dort ist nach der richtigen Ansicht der Zeugenbeweis unbedingt zulässig, die Eventualmaxime gilt dort ebensowenig, und nichtsdestoweniger sind gerade diese Gerichte sehr expeditiv; man staunt, wenn man die statistischen Tabellen dieser Gerichte mit der Thätigkeit selbst der französischen Civilgerichte vergleicht. Indessen scheinen uns hier dennoch andere Gründe vorzuwalten. 1) Eine sehr bedeutende Anzahl Sachen sind Wechselsachen; die Praxis hat hier jeden Zeugenbeweis ausgeschlossen, kaum daß sie eine Eidesdelation zuläßt. Im Gesetze kömmt über dieses Verhältniß nichts vor; und diese Art sich eine prompte Wechseljustiz zu verschaffen, hat sehr bedeutende, ja, wir dürfen sagen,

Wenn wir aber die Alternative aufstellen, entweder schriftliches Verfahren mit Eventualmaxime oder mündliches mit Beschränkung des Zeugenbeweises und Unzulässigkeit desselben zur Schwächung des Urkundenbeweises, den Fall des Falsums ausgeschlossen, so wird man uns vorwerfen, daß wir um eine beliebte Procedur zu retten, das materielle Recht schon in seiner Entstehung zu verkürzen suchten.

Schon nach römischem Rechte ist das Verhältniß zwischen Zeugen- und Urkundenbeweis nicht klar, und es scheint sogar die Ansicht sich einmal Geltung verschafft zu haben, daß bei einem Conflict zwischen beiden Beweisarten

---

traurige Nachtheile. Würde das Gesetz die Procedur regularisiren, so würden die nicht liquiden Einreden ad separatum verwiesen, daher durch keine res judicata präcludirt seyn; da es aber an einem Gesetz fehlt, die Praxis den Proceß nicht theilen kann, so werden oft die wichtigsten Einreden, namentlich jene der wucherlichen Uebervortheilung, der Simulation, der Orts- und Personenunterstellung verloren, und der Wechselvertrag wird nicht selten der Deckmantel des verderblichsten Wuchers. 2. Den Rechtsstreiten über Kauf und Verkauf liegt in der Regel eine Kaufnotiz zu Grunde, und in den meisten Fällen dreht sich der Streit um die exceptio non rite adimpleti contractus, oder um die Constatirung der Größe der zu leistenden Entschädigung wegen Nichtlieferung oder Nichtannahme. 3) Bei andern etwas verwickeltern Processen kömmt es auf die Beurtheilung von Correspondenzen an, und 4) tauchten in der neuesten Zeit eine Menge von Rechtsstreiten auf, die durch die Schwindelgeschäfte mit industriellen Aktien veranlaßt wurden, und wobei es vorzüglich darauf ankam, die kaufmännischen Gewohnheiten festzustellen. Solche Verwickelung, wie die Civilprocesse, bieten die Handelssachen nicht dar, und dann herrscht auch unter Kaufleuten selbst, wenn sie processiren, nicht selten eine gewisse bona fides, die es verschmäht, ihr Heil in Proceßchicanen zu suchen. Alles dieses gestaltet sich im Civilprocesse ganz anders.

der Urkundenbeweis den Vorzug habe [48]). Auch Justinian hat in einer Verordnung, worin er freilich nur den Zeugenbeweis für einen bestimmten Fall schärft, diesen Beweisart ein sehr verdächtiges Zeugniß ertheilt [49], und scheint nur die Beseitigung des Zeugenbeweises um deswillen für unmöglich gehalten zu haben, weil er die Urkundenfälschung noch mehr fürchtete, und hier wieder auf Umwegen auf den Zeugenbeweis zurückkommen mußte [50]). Der alte deutsche, so wie der alte französische Proceß kennt den Zeugenbeweis in einer selbstständigen Form nicht; diese Beweisart verschaffte sich erst mit dem Eindringen der fremden Rechte in Deutschland vollkommene Geltung. In Frankreich wurden seit 1566 durch die Ordonnance de Moulins die Hauptgrundzüge des heutigen Rechtes eingeführt, und seit dieser Zeit immer weiter und consequenter ausgebildet, ohne daß sich in einem so langen Zeitraum eine gewichtige Stimme dagegen erhoben hätte. Es kann hier nicht darauf ankommen, zu untersuchen, in welchem Verhältnisse die Moralität zweier Länder steht, und ob man dem deutschen Character mehr zutrauen dürfe, als dem französischen. Urtheile in solchen Dingen sind gewöhnlich von Haß und Vorliebe dictirt; durchschnittlich scheint der Cultur- und Sittlichkeitszustand in Europa sich in ein gewisses Niveau gesetzt zu

---

[47]) Const. 1. rest. de test., deren Sinn freilich sehr zweifelhaft ist, ebenso wie jener der const. 15. de fide instrum. Vergl. dagegen Paul, recept. sent. V. 15. §. 4.

[48]) Const. 18. cod. de fide instr. Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, *prout possibile est,* resecantes u. s. w.

[49]) Const. 20. Cod. de fi. instrum. Nov. 49. c. 2. Nov. 73.

haben; namentlich gleichen die Vorfälle neuerer Zeit leider manche Rechnung aus. Uns movirt auch die größere oder geringere Sicherheit der Zeugenaussagen nicht; ganz entbehrlich ist jedenfalls diese Beweisart immer nicht. Wir betrachten die Grundsätze über Beschränkung des Zeugenbeweises als ein Procedurgesetz. Die feste, runde in sich abgeschlossene Form des strictum jus, welches die Römer in der Stipulationsformel fanden, wodurch auch sie processualisch alles was die Beurtheilung erschweren, eine Reihe von Nebenverhältnissen herbeiziehen, und das Recht in die subjective Würdigung des Richters untertauchen könnte, abzuschneiden suchten, finden die neueren Gesetze auf eine das Billigkeitssystem minder verletzende Weise in der Formalisirung der Beweismittel. Ohnehin fehlt es auch jetzt schon an Rechtsgeschäften nicht, die eine schriftliche Abfassung zu ihrer Essenz verlangen, und es ist die Bildung und die Verbreitung der Schreibkunst in Deutschland so weit gediehen, daß es den Staatsbürgern nicht zu viel zugemuthet ist, gegen den Vortheil einer schnellern und minder kostspieligen Rechtspflege sich der Alternative zu unterziehen, entweder ihre Rechtsverhältnisse schriftlich zu binden und zu lösen, wenn ihnen das persönliche Vertrauen abgeht, oder haben sie ein solches sich mit der Eidesdelation zu begnügen. Die Adhibition von Zeugen, damit durch diese das Rechtsverhältniß constatirt werde, ist ohnehin ein sehr trügliches Mittel, weil diese sterben, auswandern, oder auf irgend eine andere Weise unfähig werden können, ihre Zeugenschaft abzulegen, und wer dieses trügliche Mittel wählt, würde jedenfalls viel besser thun, den bleibenden schriftlichen Buchstaben zu Hülfe zu nehmen. Daß durch den Ausschluß des Zeugenbeweises Zeugen, die, ohne besonders zum Be-

weise adhibirt zu seyn, zufällig von dem Sachverhältniß Kenntniß erhalten haben, nicht als Beweismittel benutzt werden können, darüber hat wohl Niemand das Recht sich zu beschweren, denn in einem solchen Falle kann man immer nur auf die Eidesdelation gerechnet haben. Freilich setzt eine solche Regel auch eine gewisse bürgerliche Selbstständigkeit voraus, eine männliche Offenheit, die durch Ziererei sowenig als durch Schüchternheit abgehalten wird, mit wem sie auch contrahire, sich für den Beweis zu sorgen. Bei der nunmehrigen Aufhebung aller Submissionsverhältnisse der Staatsbürger unter sich, bei der Herrschaft des gleichen Rechts ohne Unterschied der Stände, thut das Gesetz nicht zu viel, wenn es eine gewisse Charakterfestigkeit voraussetzt. Wer aber blindlings traut, und dieses Vertrauen wird nicht gerechtfertigt, dem muß man mit einem vigilantibus jura entgegentreten. Wir halten daher die Einführung einer formellen Beweistheorie dem Stande unserer allgemeinen Erziehung und unserer bürgerlichen Ausbildung adäquat.

§. 6.

Ist nun dadurch der Proceß vereinfacht, und wir haben nunmehr zwischen den oben angedeuteten Systemen zu wählen, so finden wir bei der Beibehaltung des deutschen Schriftenwechsels durch den Richter mit Hinzuziehung einer mündlichen Schlußverhandlung durch die Partheien beziehungsweise ihrer Anwälte große Bedenklichkeiten.

1. Glauben wir, daß bei einer solchen Proceßordnung in den bei weitem meisten Fällen der mündliche Vortrag rein illusorisch sein, und alsbald zur reinen Formsache

herabsinken wird, welche die Partheien ermüdet und den Richter langweilt. Wir setzen bei unserm Raisonnement ein Richtercollegium voraus; denn vor einem Einzelrichter schriftlich und mündlich gleichzeitig zu verfahren wäre ja gar vom Ueberflusse und in einigermaßen verwickelten Sachen wird dort das rein mündliche Verfahren sich erst zu einem Recessiren, und sodann zu einem recessus scriptus loco oralis bilden. Die innere Kraft der Dinge muß bei Verhandlungen vor einem Einzelrichter in Bagatellsachen das rein protocollarische Verfahren, und in verwickelten Sachen das schriftliche Verfahren als das natürlichste darstellen, will man dem Richter die Proceßleitung lassen. Wir gehen also von einem Processe aus, der vor einem collegialisch gebildeten Collegium geführt wird. Ist der Schriftenwechsel wesentlich, so muß die Gesetzgebung einmal den Inhalt einer jeden Schrift genau bestimmen, sie wird der Klageschrift ihr Recht lassen müssen, die ganze Richtung des Processes zu dominiren, sie wird für die Exceptionsschrift die Eventualmaxime nur noch schärfer reguliren und ähnlich das ganze Vorverfahren zusammenfügen. Die Proceßleitung kann in dieser Hypothese unmöglich den Partheien überlassen sein, weil anders beim Schluß des schriftlichen Verfahrens, geschieht es ohne Controle, wenn das Gericht es unregelmäßig findet, dasselbe mit Zeit- und Kostenaufwand erneuert, ergänzt und geflickt werden müßte; es muß vielmehr das Gericht selbst dieses Geschäft übernehmen, und zwar nicht um blos den Spediteur zu machen, der den Transport besorgt, sondern um auch vor deren Communication die Schriften nach Maßgabe der Proceßordnung formell zu prüfen. Es wird daher bei jeder dem Gerichte erwachsenden Sache gleich ein Referent zu

ernennen seyn, der, wenn Alles in Ordnung ist, communicirt, vorbehältlich von seiner Seite an das Collegium zu referiren, wenn er glaubt, von der gewohnten Bahn abgehen zu müssen, sowie vorbehältlich den Partheien, falls sie sich durch die Proceßleitung verletzt glauben, ebenmäßig an das Collegium zu recurriren. Der Grundsatz wird aber beibehalten werden müssen, daß Thatsachen und Rechtsmittel, die in den Schriften nicht vorgebracht und geltend gemacht wurden, im mündlichen Verfahren nicht benutzt werden können, nur Rechtsdeductionen blieben ausgeschlossen. An und für sich läßt sich aber eine sehr scharfe Trennung zwischen jus und factum im Civilproceß noch weniger als im Criminalproceß durchführen; es wird kaum möglich seyn, bei Aufstellung von thatsächlichen Behauptungen die Rechtspunkte nicht mindestens andeutungsweise zu berühren, und vernünftiger Weise wird man weitere Rechtsdeductionen nur durch das Präjudiz ausschließen können, daß die Gebühren dem Besiegten, der in die Proceßkosten verfällt wird, nicht aufgerechnet werden. Dieses Präjudiz wird dem natürlichen Wunsche der Partheien, wenn auch immer auf eigene Kosten dem Richter, sobald als möglich, eine für ihre Sache günstige Ansicht zu geben, das Gleichgewicht nicht zu halten vermögen; es wird sonach auch mit diesem für die Vereinfachung der Proceßschriften wenig gewonnen seyn. Ist das Schriftverfahren geschlossen, so ist nichts natürlicher, als daß der bisherige Respicient der der ganzen Proceßevolution als Geburtshelfer beistand, auch als Urtheilsredacteur beibehalten wird. In sehr vielen Fällen wird durch die bisherige schriftliche Procedur das Urtheil so fract offen liegen, daß ein eigentlicher beiderseitiger Partheivortrag gar nicht mehr nothwendig ist, das richterliche Urtheil wird höchstens noch einen Be-

weistermin zu bestimmen haben. Ist dagegen die Sache verwickelt, so wird der Respicient in der Regel sein Urtheil schon im Voraus formulirt und motivirt mit zur Audienz bringen, ja er wird es dahin zu bringen wissen, daß die Sache eher nicht zum Vortrag kömmt, bis er mit seiner Vorarbeit soweit im Reinen ist, um nicht in der Oeconomie seiner Arbeiten gestört zu werden. Nun ist es schon ein Uebel, den mündlichen Kampf mit dem Angriff auf eine schon fertige und geharnischte richterliche Ansicht beginnen zu müssen. Man muß die Tenacität mancher Referenten, die Hartnäckigkeit im Leben kennen gelernt haben, womit zuweilen nur eine beliebte Wortfassung vertheidigt wird, eine Hartnäckigkeit, mit welcher der tapferste und entschiedenste General kaum eine ihm anvertraute Festung vertheidigt, die den Schlüssel zu einem Reiche bildet, um das Gefährliche eines solchen Kampfes würdigen zu können. Die unschuldigste Aeußerung des vortragenden Anwalts, eine feine Ironie, ein schlagender Witz, der den Gegentheil treffen soll, greist und zündet möglicher Weise in einem anderen Lager. Dazu kömmt noch ein weiterer Mißstand. Der Satz: da mihi factum; dabo tibi jus, oder curia noscit jus ist tief in das Blut der meisten Richter übergegangen; der Richter hält sich gewöhnlich für ein Rechtsorakel, und schaut mit Stolz auf den Advokaten herunter, der es unternehmen wollte, ihn, die Quelle aller Weisheit und alles Wissens zu belehren, ja ihn sogar von der rechten Bahn des Rechts in die Rabulisterei seines Partheiinteresses ab- und einzulenken. Nun ist zwar nichts natürlicher, als daß jeder Richter, hat er sich nur noch nicht zum apathischen Nachstimmer herabgelassen, sich die erste Krone der Wissenschaft und der Gelehrsamkeit vindicirt.

Wer möchte auch der Eigenliebe ein so unschuldiges Bewußtseyn verdenken. Nach dem Ich kömmt aber jedenfalls dem Advokaten gegenüber der Collega, der schon reinen Wein einschenken wird. Die Anwälte können daher Anstrengungen über Anstrengungen machen; was haben wir nöthig, auf die oratorischen Seiltänzerkünste derer zu achten, die uns etwas vorgaukeln wollen? warten wir ab, bis wir ins Berathungszimmer kommen, da werden wir alles erwogen, alles klar gedacht, alles schönstens geordnet finden! Sollte dennoch wider Erwarten etwas sich in den beiderseitigen Vorträgen finden, was unserm Referenten entgangen ist, so mag dieser es notiren und einfügen. Eine solche Beurtheilung stellt sich vorzüglich heraus, wenn mittelmäßige oder rabulistische Advokaten vortragen, der Referent aber zufällig eines von den Lichtern des Gerichts ist. Hat sich aber einmal bei einem Gerichte unter Partheien und Anwälten festgesetzt, daß der Riesenkampf mit einer gebildeten Referentenmeinung kaum zu bestehen sey, daß die mündliche Schlußverhandlung nur als eine Parade betrachtet, und von einem auf schriftliches Verfahren von jeher eingeübten Richterpersonal als eine leidige Concession behandelt wird, die man dem schreienden und tobenden Kind, Zeitgeist genannt, machen mußte, dann tritt entweder eine allgemeine Entmuthigung oder eine Erbitterung ein, die beide gewiß dem neuen, dem alten Gebäude anzufügenden Bau weder Wohnlichkeit noch Behaglichkeit geben.

Wir haben schon oben von einem anderen Gesichtspunkt aus auf den innern Zusammenhang zwischen dem mündlichen Verfahren des französischen Processes und der Leitung des Processes durch die Partheien beziehungsweise ihre Anwälte aufmerksam gemacht. Das jetzige Raisonnement

eröffnet uns hier noch einen andern Gesichtspunkt. Das mündliche Verfahren kann nur Bedeutung haben, wenn die Partheien vor ein ganz unbefangenes Gericht treten, wenn das ganze Proceßdrama sich vor den Augen des Gerichts entfaltet, wenn die Frische der Auffassung sich durch den unter den Augen des Richters entwickelnden Proceßkampf immer wach erhalten wird; wenn den Anwälten das Bewußtseyn beiwohnt, daß der Sieg in der Kräftigkeit und Tüchtigkeit ihres Vortrags schlummert, daß hier keine Comödie aufgeführt wird, deren Entwickelung schon im Voraus zu lesen war, sondern daß die Audienz wirklich der Wahlplatz ist; wo dieses innere Bewußtseyn fehlt, da erlahmt die Anstrengung, man wird matt, langweilig, langweilt wirklich, und der Ruf: Schluß, der nicht selten im Voraus als ein Wunsch und ein Wink schon angekündigt wird, den man aber in allen Mienen liest, wirkt, wie ein stark reibender Körper, der in kurzer Zeit die mächtigste bewegende Kraft zum abgematteten Stillstand bringt. Will man daher das schriftliche Verfahren beibehalten, so ist es sehr vorzuziehen, den mündlichen Vortrag ganz wegzulassen, den Partheien und ihren Anwälten nur die Gegenwart beim Referat und Correferat mit der Befugniß zu gestatten, die etwaigen Mängel durch schriftliche Noten oder aphoristische mündliche Bemerkungen zu ergänzen, und so nur über diese Referate eine ergänzende Controle zu üben, nicht aber einen zusammenhängenden Vortrag zu halten [81]).

---

[81]) Der Ausführung im Texte können wir manche aus dem französischen Processe entnommene positive Stütze geben, und wir haben dieselbe gegen einen aus demselben Processe etwa zu entnehmenden Einwand zu vertheidigen.

2) eine Folge der Cumulation des schriftlichen mit dem mündlichen Processe muß es seyn, daß den Partheien für die

---

a) Wir führen an den Artikel 111. des Code de proc.

Art. 111. Tous rapports, même sur delibéré seront faits à l'audience; le rapporteur résumera le fait et les moyens sans ouvrir son avis: les defenseurs n'aurout sous aucun prétexte la parole après le rapport; ils pourront seulement rémêttre sur le champ au président, de simples notes enonciatives des faits sur lesquels ils prétendroient, que le rapport a été incomplet ou inexact.

b) Der französische Proceß kennt noch mehrere Proceduren, die nothwendig eine schriftliche Grundlage haben, namentlich die Procedur über Rechnungsablage, jene auf Vertheilung der Mobiliargelder, die aus einer Execution resultiren, unter die Gläubiger die hierzu berechtigt sind, die Vertheilung der Immobiliarsteiggelder unter Pfand- und Chirographar-Gläubiger, endlich die Entscheidung über Schwierigkeiten, die sich unter Copartageanten im Theilungsverfahren herausstellen; in diesem Verfahren wird ein Referent mit der Leitung beauftragt, der seinen Bericht in der Sitzung macht — Art. 539, 668, 762, 981 Code de proc. — und es wurde mindestens in diesen Fällen von sehr gewichtigen Autoritäten des französischen Processes sehr beanstandet ob nicht in den Ausdrücken: le jugement sera rendu sur le rapport du juge commissaire et des conclusions du ministère public, die sich in den angezogenen Aritkeln finden, jede Plaidoirie ausgeschlossen sey. Wenn auch die Praxis sich gegen diese Ansicht ausgesprochen hat, so liegt schon in dem Zweifel der Beweis, wie wenig man die Zusammenspannung zweier so heterogener Procedurarten für thunlich hält. Nach meiner Erfahrung sind auch die mündlichen Vorträge in diesen Sachen mindestens in erster Instanz nicht sehr ausgiebig.

c) Das Verfahren am Cassationshof ist ein schriftliches; hier ist ein mündlicher Vortrag gar nicht nothwendig, und es sollen die Advokaten sich wieder auf abgerissene Bemerkungen beschränken.

Man könnte dagegen einwenden, daß nach den schon angeführten Artikeln 66 und folgenden des Decrets vom 1. März 1808 die Anwälte ihre Conclusionen vor dem Vortrag zu hinterlegen haben, die schon, wenn sie gehörig ausgearbeitet sind, eine Entscheidung möglich machen. Diese Conclusionen werden dem Gerichtsschreiber und von

Einreichung ihrer schriftlichen Arbeiten nothwendig erkleckliche Termine gestattet werden. Bei den Collegialgerichten fungiren nothwendig Anwälte, und wo mündliches Verfahren gilt, sind dieselben nicht nur nicht zu entbehren, sondern sie müssen unumgänglich an dem Sitze des Gerichts wohnen, ihre Anzahl ist beschränkt, die Geschäfte häufen sich; es haben Forclusionen statt; es werden sonach nicht leicht die Termine ipso jure peremptorisch sein können, und würde eine Gesetzgebung im heiligen Eifer dennoch soweit gehen, so wird ihr das Leben, welches sich gegen solche Schranken empört, wenn sie die Nothwendigkeit nicht berücksichtigen, schon Schlingen legen, welche die Sache noch weiter hinausschieben. Alle Zeit, die sohin für die Instruction der Sache bis jetzt erfordert war, wird es immer noch bleiben; aber nunmehr muß auch der Audienztag bestimmt seyn und beiden Partheien, so wie den Referenten conveniren. So geht wieder sehr viele Zeit verloren, wenn namentlich das Gericht sehr beschäftigt ist, und viele Sachen in das Stadium der Mündlichkeit eingetreten sind; die Rechtsstreite werden daher durch das Einfügen einer neuen Mechanik nur noch länger dauern, ohne bedeutenden Vortheil.

3) Mit dem bedeutendern Zeitaufwand stellt sich ebenso ein bedeutenderer Kostenaufwand ein, was ebenfalls nicht zu übersehen ist.

4) Wo mündliches Verfahren gilt, verlieren die Advokaten viele Zeit auf den Sitzungen. Es müssen noth-

---

diesem am Tage des Vortrages dem Präsidenten des Gerichts übergeben, um die Debatten leiten zu können; sie können noch in der Audienz modifizirt werden; sie ersetzen also das mündliche Verfahren nicht, und lassen auch keine vorgefaßte Ansicht zu.

wendig, wenn das Gericht nicht wagen will, manche Sitzungstage ganz zu verlieren, sehr viele Sachen auf einen und denselben Audienztag fixirt werden, indem man die Zufälle nicht im Voraus berechnen kann, die das Erscheinen des einen oder andern Anwalts ohne alle Schuld verhindern könnte: ebensowenig kann man im Voraus die Länge der Vorträge der Anwälte bemessen. Die Anwälte müssen daher alle erscheinen, weil es sich leicht ereignet, daß die in letzter Ordnung fixirte Sache als erste zum Vortrag kömmt. Haben die Anwälte auch für eine sorgfältige mit Präclusionen durchsäte schriftliche Procedur zu sorgen, so wird sich bald das Bedürfniß einstellen, die Anzahl der Advocaten zu vermehren. Eine die Zahl der Geschäfte übersteigende Anzahl Advokaten halten wir aber für ein großes Unglück. Wer dem Altar dient, muß vom Altar leben, und das Lebenmüssen durchbricht alle Disciplin: Noth kennt kein Gebot. Uebrigens stellt es sich namentlich beim mündlichen Verfahren leicht heraus, daß einige Anwälte mit Recht oder Unrecht Lieblinge des Publikums werden, sie werden mit Geschäften überhäuft, und das profanum vulgus schmachtet nach Processen, und findet bald Mittel, solche zu machen. Eine solche Perspective ist nicht sehr erfreulich.

5. Wenn auch die Abstraction, das Leben vielleicht hier manches ausgleicht, was in der Studirstube als unübersteigliche Schwierigkeiten involvirend sich darstellt, so will es uns dennoch scheinen, als wenn eine solche neue Scindirung des Processes in der Ausführung wieder zu bedeutenden Controversen, daher zu den fatalsten Streitfragen führen muß, nämlich zu Procedurfragen. Als Regel wird sich wohl leicht die Sache dahin formuliren lassen: Die Rechtsmittel, also

das Rechtsbegriffliche, oder das *genus actionis*, das Petitum, die Exception nach ihrem in der Theorie des Civilrechts bestehenden Begriffe und deren factische Begründung gehören in den Schriftenwechsel, m. a. W. das Behaupten und Resumiren; die Ausführung, die juristische Begründung dagegen in den mündlichen Vortrag.

a) Durch eine solche Begründung erhalten die gewechselten Schriften eine neue Bedeutung, sie werden Beweisdocumente nicht für die Hauptsache, aber für die Frage: Welches Mittel ist von der einen oder der andern Seite geltend gemacht worden, welche Behauptungen haben die Partheien aufgestellt? Für die Beurtheilung dieses Streitpunktes, der sehr wesentlich werden kann, liegen die gewechselten Schriften vor, als eben so viele in sich abgeschlossene Urkunden, woran sich der Scharfsinn der Partheien und des Gerichts abzumühen hat. Es kann nicht fehlen, daß Zweideutigkeiten, Dunkelheiten, daher Ausdrücke und ganze Sätze vorkommen, die verschiedener Interpretationen fähig sind. Nun haben wir zwischen formelles und materielles Recht noch ein neues formelles Element eingeschoben, den Partheien neue Nahrung hingeworfen für endlose Proceduren, Ergreifung von Rechtsmitteln, und als hätte man nicht schon formellen unbeugsamen und widerstrebenden Stoff in dem Buchstaben des Gesetzes und der Beweisurkunde zu verarbeiten, wird ihm im Processe selbst noch eine neue Schwierigkeit geschaffen, die um so gefährlich werden kann, als es chicanöse Proceßführer ganz geflissentlich darauf anlegen können, solche geheime Fallschlinge zu legen, um den strittigen Stoff, daher den Streit selbst ins Unendliche fortzuspinnen.

b) Die Frage ist aber nicht nur, was ist behauptet, was ist geltend gemacht worden, sondern was kann noch behauptet, was noch geltend gemacht werden? Es ist leicht gesagt: die factische Begründung gehört in den Schriftenwechsel, die Ausführung zum mündlichen Vortrag, wie weit muß aber das Factum schon in den Schriften angegeben seyn? Die Erklärungen: ich bin Eigenthümer durch dreißigjährigen Besitz, ich habe von A den Streitgegenstand um diesen oder jenen Preis gekauft, ich bin durch Gewalt zur Eingehung dieses oder jenes Geschäfts gezwungen worden, sind gewiß factische Behauptungen, worauf sich eine Eigenthumsklage, eine actio empti, eine exceptio vis stützen lassen, aber es gehören dann doch noch eine Reihe von Circumstantien dazu, um ein solches Behaupten, wir möchten sagen, processualisch genießbar zu machen. Angenommen, es sind auch nähere Thatumstände angegeben, worin die Besitzhandlungen bestanden haben, unter welchen Verhältnissen das Kaufgeschäft von Statten gegangen, welcher Art die Gewalt war und wie sie angewendet wurde; auch diese angegebenen Umstände sind wieder einer neuen Zergliederung fähig. Gerade solche nähere Erörterungen, Ausschmückungen und Verzierungen werden die mündlichen Vorträge schon durch die gehobene Lebhaftigkeit der Darstellung zu Tage fördern; wie weit können diese noch berücksichtigt werden? So scharf der gemeine Proceß scheidet, so ist dennoch die Scheidelinie zwischen den Behauptungen in den Beweisartikeln und jenen im Vorverfahren, namentlich wenn es auf Rechtsverhältnisse ankömmt, welche, obschon in einem Rechtsbegriff zusammengefaßt, der Natur der Sache nach nur aus mehreren einzelnen Erscheinungen abstrahirt werden können, nicht leicht

zu finden; alle Streitfragen über die Abfassung des Beweisinterlocuts, über die Hebung des Zugeständnisses im Beweisverfahren u. s. w. haben in dieser Schwierigkeit ihren Grund; wie viel complicirter wird aber die Sache, wenn schon im Vorverfahren solche willkührliche Gränzen gezogen sind? Wirft man aber dieselben nieder, dann giebt es keinen Grund für den starren schriftlichen Proceß, dann hat die so gefürchtete Leitung des Processes durch die Partheien selbst keine Schwierigkeit, und umgekehrt die richterliche Leitung keine Bedeutung!

6) Den deutschen Processualisten mag die Elasticität des französischen Processes, wonach es möglich wird, unter noch so vielen Partheien gleichzeitig ein sie sämmtlich berührendes Rechtsverhältniß in einem und demselben Verfahren zur Entscheidung zu bringen, ein Stein des Anstoßes sein. Wir geben zu, daß wo es keine legale Beweistheorie giebt, wo Zeugenbeweis und Vermuthungen einen unbedingten Werth haben, diese Proceßcoarcervation kaum durchführbar sein möchte; aber diese Ungebundenheit des Beweises halten wir ohnehin für unverträglich mit dem französischen Proceßsystem. Entschließt man sich aber den Beweis formeller zu machen, dann kann man von der Fixität des Verfahrens um so viel nachlassen; und da wir glauben, daß unsere ganze Darstellung keine blinde Voreingenommenheit für den französischen Proceß nachweißt, so dürfen wir auf einigen Glauben rechnen, wenn wir bemerken, daß diese Verweisung sämmtlicher zusammengehörigen Sachen vor denselben Richter, immer vorausgesetzt, daß eine richtige tactvolle höhere Proceßleitung von Seiten des Gerichts nicht fehlt, sehr bedeutende Vortheile hat, und sich im Leben als Mittel zur Herbeiführung einer

unangreifbaren Rechtskraft darstellt. Daß ein nach deutsch-rechtlichen Grundsätzen geordnetes Schriftverfahren, sich einer solchen Proceßgefügigkeit nicht anschmiegt, scheint uns als ein Mangel dieser Proceßform gelten zu müssen, und umgekehrt die Elasticität des französischen Processes dessen größter mechanischer Vorzug.

§. 7.

Was dem französischen Proceßsystem in den Augen deutscher Rechtsgelehrten so sehr schadet, ist, wenn wir die Sache richtig beurtheilen, nicht die Furcht, für die der juristischen Beurtheilung zu unterlegende Thatsache in dem leicht verfliegenden Wort eine feste Basis zu entbehren. Die typische Form des Urkundenbeweises; die Ausscheidung einer Reihe von Nebenverhältnissen, die entweder ganz unbeachtet bleiben, oder in einem von dem Deferenten gehörig zu formulirenden Eid dennoch ihre schriftliche Grundlage erhalten; die Vorschrift, daß wo Zeugenbeweis zuläßig ist, das Beweisinterlocut die Thatsachen genau aufzuzählen hat, worüber der Beweis zu führenist, und demselben sogar ein positionaliter geordneter schriftlicher Anwaltsact voranzugehen hat; die den Partheien jedenfalls sehr nützliche Vorsicht in einem förmlichen Antrag an das Gericht, um die Zulassung des Zeugenbeweises über die in den Antrag aufzunehmenden Thatsachen zu bitten [54]); die mindestens reglementarisch vorgeschriebene Anordnung der dem Vortrag vorangehenden Mittheilung der Schlußconclusionen; die Nothwendigkeit, selbst wenn sie erst in der Sitzung genommen

[54]) Art. 252—55. c. de proc.

werden, dieselben bei Gericht zu hinterlegen [55]); endlich noch die jeder Parthei, auch in diesem Processe [56]), gegebene Befugniß ihren Gegner förmlich über relevante Artikel fragen zu lassen, und die daraus für den Befragten entstehende Verbindlichkeit sub poena confessi zu antworten [57]); alle diese Einrichtungen geben dem Processe eine feste schriftliche Grundlage. Dazu kömmt noch das Recht, welches jeder Parthei zusteht, über Geständnisse, die der Gegner in der Sitzung macht, eine Beurkundung vom Gerichte zu begehren, die dieses zu ertheilen sich nicht entschlagen kann. Der beste Beweis, daß die Gerichte in der Regel hinlänglich instruirt sind, um ein Urtheil zu fällen, und eines weiteren Schriftenwechsels nicht bedürfen, liefert der Umstand, daß diese nur äußerst selten von dem Rechte Gebrauch machen, eine instruction par ecrit zu verordnen [58]). Ebensowenig ist es die Nullitätentheorie, welche in den Augen der vorurtheilsfreien Beurtheiler des Systems demselben schaden. Es scheint uns das Schelten des französischen Processes als Nullitätenkrams nur ein Parteimanöver, denn, wer möchte es leugnen, daß es auch auf diesem Felde Partheiansichten und Partheikniffe gebe? Man hat ein Stichwort gefunden, das eine tiefere studirte Prüfung unnöthig

[55]) Cf. v. Linde Lehrbuch §. 221.

[56]) Art. 56. folg. des Decrets vom 30. März 1808.

[57]) Art. 324 folg. c. de proc.

[58]) Während der langjährigen Praxis des Verfassers bei den Gerichten der Provinz Rheinhessen erinnert er sich nur eines Falles, in welchem das Obergericht eine schriftliche Instruction anordnete, und wenn ihn sein Gedächtniß nicht trügt, so lag der Grund der Proceßverwirrung in einer an und für sich schon unstatthaft gewesenen Klagecumulation.

macht, Knalleffect hervorbringt und den Gegner zum Schweigen bringt, hinter welches sich jeder zu bergen vermeint, den Position, alter Schlendrian, Angewohnheit, eine verschiedenartig motivirte Franzosenfresserei Haß gegen jede Neuerung einflößen, daher auch zum Feinde einer Reform auf dem politisch so unschuldigen Gebiete des Processes machen. Wenn auch einigermaßen durch das System motivirt, hängt dennoch das ganze Detail dieser Nichtigkeiten mit demselben nicht zusammen. Wo der erste Angriff im Processe und das ganze Executionsverfahren von selbstständigen Beamten geleitet wird, da befand sich der Gesetzgeber in der Alternative, die Formen dem Gutbefinden eines jeden Beamten zu überlassen, und dem Gerichte hintendrein die Entscheidung zu übertragen, in wiefern das Aktenstück im concreten Fall seinem Wesen entspricht, oder durchgreifend zu Werke zu gehen, und die Willkühr des Gesetzes an die Stelle jener des Richters zu setzen. Wir loben den französischen Proceß wegen dieser Detailsbestimmungen nicht, können aber ebensowenig in den ungemessenen Tadel eingehen, den ihm deutsche Processualisten und deutsche Theoretiker so reichlich spenden. Die gegen die Gerichtsboten begründeten recursorischen Ansprüche wirken so energisch, daß nur selten Nullitäten erscheinen, und weil deren Geltendmachung wieder nur in wenigen Fällen wahrhaft nützlich ist, so findet man wahre Nullitätsbeschwerden noch seltener [59]).

---

[59]) Wir sprechen hier nur von Formnichtigkeiten, nullités de forme; man darf mit diesen nicht die Sachnichtigkeiten verwechseln; das sind Rechtsmittel, die sich nur in andrer Gestalt, auch in jeder andren Proceßform finden. Ein Appellact ist nichtig, weil er verspätet insinuirt ist, so wie er nichtig ist, weil ihm eine wesentliche Förmlichkeit abgeht; eine Execution ist effectlos, daher zu annulliren, sowohl

Was einer unpartheiischen Beurtheilung des französischen Processes hinderlich in den Weg tritt, scheint uns in Folgendem zu liegen:

1) In der mit so großer Schwierigkeit verbundenen Erlernung dieses Processes, und dieses liegt wieder in der rauhen harten Schale, in welcher das System verschlossen ist. Während der Code civil größtentheils klar, verständlich und präcis abgefaßt ist, während man ihm seine historische Unterlage kaum ansieht, ist die Redaction des Proceßgesetzbuchs für denjenigen, der mit der französischen Gerichtsverfassung nicht vertraut ist, kaum verständlich, und selbst dann möchte es schwer sein, ohne lebendige Anschauung sich ein Bild von diesem Proceßgange zu machen. Auch das bürgerliche Gesetzbuch knüpft an früher bestandenes Recht an, und sehr oft wird ein Ausdruck nur dadurch klar, daß man weiß, was vorher gegolten hatte, oder was vorher bestritten war. Indessen knüpft er an das allgemeine Leben, nicht an das einer gewissen Klasse an, er berührt Verhältnisse, die jeder Mensch mindestens dem rauhen Begriffe nach kennt, und wozu ihm Tausende von Selbsterlebnissen das erläuternde Vorbild und Beispiel liefern; das Proceßgesetzbuch wendet sich an die Thätigkeit von Fachmännern, er setzt eine bekannte Technik voraus, an der es feilt, die es ausbessert und ergänzt, in einer Kunstsprache, die der Eingeweihte versteht, dem Uneingeweihten aber ein mit sieben Siegel verschlossenes Buch bildet.

---

weil der Gläubiger kein Recht hatte, als weil der Gerichtsbote etwas bei der Insinuation des Zahlbefehls übersehen hat. Die etwas befremdende Terminologie rechtfertigt sich wieder daraus, daß diese Proceduren nicht vom Gerichte, sondern von den Partheien geleitet werden.

Es ist vielleicht kein ganz ungegründeter Vorwurf, den man diesem Gesetzbuche zu machen berechtigt ist, daß es zu handwerksmäßig abgefaßt ist, daß es dagegen den scientifischen Theil des Processes zu sehr vernachlässigt hat, daher gerade auf diesem Gebiete so viele Controversen erscheinen, und es einer unübersehbaren Casuistik oft an einem leitenden Principe fehlt [60]). Aus diesem Umstande, und wegen der nicht immer klaren Abfassung des Gesetzbuchs hat sich eine kaum zu überwältigende Literatur gebildet, die sich in eine unerschöpfliche Casuistik wie in einen Irrgarten ergeht; es entstand ein Zusammenstoß verschiedener Ansichten und Meinungen, unter welchen es zuweilen schwierig wird, die richtige herauszufinden, so daß es bald auf ein Abzählen von Autoritäten und Urtheilssprüchen ankömmt, und man sich auf das weiland Theodosianische Citirgesetz verwiesen findet. Dieser Rechtsunsicherheit begegnet man ungern auf dem Gebiete eines neuen Gesetzes; scharfsinnige Entwickelungen erfreuen die Muse des Gelehrten, gewähren ihm den behaglichen Genuß eines erfreulichen innern Gedankenlebens; auch der Leser findet sich, wenn mit der Tiefe der Idee eine anmuthige Darstellung verbunden ist,

---

[60]) So vermißt man nur ungern feste Grundsätze über Klagezusätze und Klageänderung, über die Zuläſſigkeit von Klagecumulationen, über das Recht der accessorischen Intervention, und die damit im Zusammenhange stehende Lehre von der recursorischen Klage, über Reconventionsklagen, über die Folgen der contumacia, wo es an einer speciellen Vorschrift im Gesetzbuche fehlt, an genauen Bestimmungen, welche Verfügungen mit einem Rechtsmittel angegriffen werden können, namentlich wenn dieselben auf einseitiges Vorbringen erlassen werden, welche Rechtsmittel solchen zustehen, die zuweilen verurtheilt werden, ohne gehört zu sein — Art. 132. 1030. 1031. c. de proc. — u. s. w., u. s. w.

oft freundlich berührt; die Parthei aber, deren Recht vom Kreisschwung sich umwälzender Meinungen ergriffen und zermalmt wird, kann über jene so wohlthuende Geistesgymnastik nicht sehr froh werden. Den Franzosen wurzeln diese Streitsätze in ihrem heimischen Rechtsboden; ihre Literatur hat sie erzeugt, ihre Rechtsgeschichte soll sie lösen; uns wird die Entscheidung doppelt schwer, und die anerkennenswerthesten Arbeiten geben uns nur selten die Gewißheit, daß wir auch nur den ganzen Rechtsstoff übersehen.

2) Ein andrer Punkt verdient nicht weniger herausgehoben zu werden, es ist nämlich der, daß der Erfolg, was die Schnelligkeit der Entscheidung der Rechtsstreite angeht, den gerechten Erwartungen, die man vom Systeme hegt, nicht vollkommen entspricht. Man pflegt diesen Umstand der den Anwälten überlassenen Proceßleitung zuzuschreiben. Unserer Meinung nach nicht mit Recht. Wo ein gelehrtes Recht herrscht, da erscheinen rechtsgelehrte Anwälte bei der Proceßführung unter einem oder dem andern Titel beschäftigt. Aus mehr als aus einem Grunde wird die Zahl der Gerichtsanwälte geschlossen sein müssen; die Ungleichheit der Talente, der Redlichkeit, des Fleißes wird eine ungleiche Vertheilung der Processe überall in jeder Proceßform herbeiführen, und mag der Richter oder mag der Anwalt den Proceß leiten, eine größere oder geringere Thätigkeit der Anwälte wird auf den schnellern oder schleppendern Proceßgang vom Einflusse sein. Was aber den französischen Proceß so außerordentlich dehnt, ist die sonderbare Art, wie die Urtheilsredaction von Statten geht. Vom Augenblicke an, wo das Conclusum des Collegs oft unter den Geburtswehen einer schwierigen Discussion das Licht der Welt erblickt, bis dahin, wo dasselbe zur vollen Mann-

barkeit gelangt, sind so viele, theils wesentliche, theils außerwesentliche Formen zu beobachten, es sind so viele und so verschiedenartige Personen dabei beschäftigt dem Dinge seine rechte Form und Gestalt zu geben, daß viele Zeit und viele Mühe zur wahren Verzweiflung der Partheien und ohne allen Zweck vergeudet wird. Das Urtheil des französischen Richters wird gefaßt, öffentlich und mit Motiven ausgesprochen. Obschon von nun an die Partheien auf dasselbe ein festes Recht haben, und es nunmehr durch den Richter selbst nicht geändert werden soll, dasselbe auch gegen zufällige Veränderungen in der Person des Richtercollegiums sicher steht, so hat nichtsdestoweniger die Sache vorläufig nur erst die angedeutete negative Bedeutung; ihre förmliche positive Existenz erhält die Entscheidung erst durch die Eintragung in das Urtheilsregister und die Unterschrift des Präsidenten und des Gerichtsschreibers. Die Scriptur, die auf der einen Seite so wenig zum Wesen des Urtheils gehört, daß die Nuncupation, Pronunciation, unabweisbare wesentliche Form ist, wird hintendrein dennoch wieder zum Wesen erhoben, weil nach der Ansicht der vorzüglichsten Processualisten die auf das Audienzblatt getragene Redaction unter Constatation, daß die bei der Schöpfung und Aussprechung erforderten Formen genau beobachtet sind, den allein gestatteten Beweis seiner Existenz bildet; durch dieselbe erhält das Urtheil erst seine positive Existenz. Das Rechtsverhältniß, welches durch ein gerichtliches Urtheil geschaffen werden soll, kann ungefähr betrachtet werden, wie das französische ordentliche öffentliche Testament, testament par acte public, welches mündlich ausgesprochen und schriftlich aufgenommen werden muß. Hier haben wir schon bei der Häufung der Geschäfte bei einem Gerichte einen

nicht unbedeutenden Zeitverlust, wenn auch allerdings reglementarisch bestimmt ist [61]), daß binnen 24 Stunden das ausgesprochene Urtheil auch in das Register eingetragen sein soll. Nunmehr hat allerdings der Rechtsspruch nicht blos eine ideelle, sondern auch eine materielle Existenz, aber brauchbar ist das Ding für die Partheien noch nicht, daran fehlt noch viel. Das System, welches hier die Proceßordnung vorgeschlagen hat, ist abweichend von jenem der Loi vom $\frac{1}{2}\frac{6}{4}$. August 1790 [62]) ein ganz eigenthümliches. Gerade bei dem mündlichen Verfahren, bei welchem es für die Partheiverhandlungen keine öffentliche Registratur giebt, wo die gewechselten Proceßschriften in den Händen der Anwälte bleiben und später wieder den Partheien zurückgegeben werden, ist es nothwendig, daß dafür Sorge getragen werde, daß wenn nach einer Reihe von Jahren die Partheien, die den Proceß geführt haben, oder Andere, die in deren Rechten stehen, etwa um eine exceptio rei judicatae zu begründen, oder zu sonst einem Zwecke auf die früheren Verhandlungen zu recurriren haben, den klaren vollständigen Gang derselben in einer volle Authentizität für sich in Anspruch nehmenden Urkunde wieder finden; wie leicht zerfallen die lose zusammenhängenden Blätter eines französischen Actenfascikels? Wie leicht verliert die Parthei einen solchen Anwaltsact? Die Conclusionen werden bei der Kanzlei hinterlegt, die Petita sind authentisch; was sie aber sonst enthalten, ist eine einseitige Arbeit der Parthei, welche dem Gegner nicht mitgetheilt, am wenigsten von diesem controlirt ist. Die vollständige Urtheilsredac-

---

[61]) Art. 36. des Decrets vom 30. März 1808.

[62]) Tit. IV. 15. h. l.

tion kann hier allein Aushülfe gewähren. Das sah auch die Praxis ein, und das Gesetz von 1790, das sie sanctionirte, verordnete, daß in Civilproceßsachen jedes ergehende Urtheil vier getrennt zu haltende Theile umfasse, erstens, die Namen und die Proceßqualitäten der Partheien, zweitens, eine präcise Feststellung der Sach- und Rechtsfragen, wozu der Rechtsstreit Veranlassung gegeben hat, drittens, die Thatsachen, die im Processe zugestanden wurden, und diejenigen, die als durch die Beweisführung festgestellt anzusehen sind, so wie die Motive des Urtheils, viertens, das Decisum. Dem Wesen nach sollen sich alle diese Stücke auch heute in der Urtheilsredaction vorfinden [93]), aber der Richter liefert nur die Rechtsdeduction und das Decisum; die Relation des geschichtlichen Theils des Processes liefern die Anwälte, und zwar wird diese erst gefertigt, nachdem das Urtheil schon gefällt ist, und veranlaßt ebenfalls wieder Debatten zwischen den Partheien, die zuweilen eine förmliche Entscheidung des Gerichtspräsidenten erfordern [94]). Diese zeitraubende Vervollständigung des Urtheils durch die Partheien ist nicht nur erfordert bei eigentlichen Definitivsentenzen, sondern auch bei jedem Zwischenurtheil, welches einen Incidentpunkt entscheidet, oder eine Instructionshandlung vorschreibt, weil die Sache nur fortgeführt, reproduzirt werden kann, wenn die bisherigen Proceßacten vervollständigt sind. Der Mangel der Proceßacten bei Gericht führte auch die Nothwendigkeit herbei, sämmtliche Urtheile nach dem Datum ihres Erlasses

---

[93]) Art. 141. c. de proc.

[94]) Art. 142—145. c. de proc. Art. 7. u. 8. des 2. Decrets vom 16. Februar 1807.

auf ein und dasselbe Register zu tragen, welches nothwendig ununterbrochen auf der Kanzlei des Gerichts verbleiben muß, weil es dort für die Expedition der übrigen Urtheile dient; nicht selten laufen auch mehre in derselben Sache ergangene Urtheile durch eine Reihe von Registern. Die Sache kann daher nur einen Fortgang gewinnen, wenn die förmliche Expedition dem Gerichte vorgelegt wird; die Urschrift oder das eigentliche Werk des Gerichts kann nicht reproducirt werden.

Diese blos mechanische Einrichtung greift tief in die Zeitöconomie der Processe ein. Setzt auch das Gericht bei Erlaß des Zwischenurtheils jetzt schon einen Audienztag zum weitern Vortrag der Sache fest, so läßt sich äußerst selten der Termin einhalten, und ist dieser circumducirt, so bedarf es einer neuen Tragung auf die Geschäftsrolle, eines neuen Avenir, es werden neue Termine gestattet, und es gehen Monate darauf, bis alle neue Stadien durchlaufen sind, um die Sache sitzungsreif zu machen, selbst da, wo es der Anwalt an Fleiß nicht fehlen läßt. Einer der Hauptvorzüge des französischen Systems, die schnelle Erledigung des Rechtsstreits zerschellt an dieser üblen Einrichtung, die auf diese Art den Gegnern des Systems die Waffen in die Hand liefert [65]). Berücksichtigt man die angegebenen Schwie-

[65]) Wir haben unserm System zufolge im Texte nur auf den Zeitverlust aufmerksam gemacht, der durch die Tritomie des Urtheils entsteht, wozu das ganze Gericht, der Präsident mit dem Gerichtsschreiber, und endlich die Partheien einen Theil liefern. Eigen ist es ferner, daß der Art. 141 c. de proc. die Requisite der Redaction der Urtheile zusammenschreibt, während dieselbe nicht von denselben Personen ausgehen, nicht gleichzeitig entstehen, und ihr Mangel nicht gleichmäßige Wirkung hat. Fehlt etwas an dem Contigente, welches das Ge-

rigkeiten und Verwickelungen, betrachtet man die Mängel des Executionsverfahrens, die so schwerfällige Theilungs-

richt zu liefern hat, so hat ein den Rechten conformes Urtheil gar nicht bestanden; läßt das Contigent, das der Präsident und der Gerichtsschreiber zu liefern hat, etwas zu wünschen, so fehlt es am gehörigen Beweise, leidet dagegen das Document, welches die Partheien fertigen, an erheblichen Mängeln, so kann der Natur der Sache nach nur die Expedition des Urtheils unbeachtet bleiben. Es hat aber diese Einrichtung eine noch viel ernstere Seite.

a) Diese Proceßmaschinerie bringt so viel Handwerksmäßiges in die Functionen der Anwälte, daß die edelsten Kräfte eines einigermaßen beschäftigten Anwalts sich erschöpfen, und ihm nur wenig Zeit für seine Fortbildung, sowie für das Studium seiner Sache bleibt. In Frankreich sind die Functionen des Anwalts von jener der Advokaten getrennt, der Anwalt müht sich an der Ingangsetzung der Processe ab, er dirigirt wie ein Fabrikherr ein zahlreiches Personal von Arbeitern, clercs genannt, die sich unter seiner Leitung bilden, und woraus sich die Corporation ergänzt, bestehend aus Halbwissern, Formelkrämern, Incidentfabrikanten; dem Advokaten bleibt das officium nobile; der Advokat ist Literat, ist Schriftsteller, Gelehrter und Beförderer seiner Wissenschaft. In Deutschland, wo französisches Recht gilt, sind beide Functionen vereinigt, und im Geschäftsmann geht sehr bald der Mann der Wissenschaft unter. Auch hierüber belehrte den Verf. seine eigene Erfahrung. Wo der Advokat sich Tagelang mit der Ergründung einer schwierigen Rechtsfrage abgibt, da leidet der Proceßmechanismus, es kömmt nichts voran, weil es an dem Mann fehlt, der das Werk zu lenken hat.

b) Dadurch, daß die Anwälte die Sach- und Proceßrelation zum Urtheil fertigen, auch die Fragen stylisiren, die der Richter zu entscheiden hat, ist es in ihre Hand gelegt, ex post das Werk des Richters zu zerstören, eine nicht berufbare Sache zur berufbaren zu erheben, sogar möglicher Weise eine réquête civile zu begründen. Wenn der Verf. zwar bezeugen kann, daß ihm von einem solchen Mißbrauch nichts bekannt wurde, so liefert auch dieser Umstand den Beweis, daß die Menschen zuweilen besser sind, wie die Institutionen.

c) Es ist kein Termin bestimmt, binnen welchem das Urtheil vervollständigt werden muß, es wäre auch schwierig, einen solchen zu bestimmen und ein Präjudiz daran zu knüpfen. Auf diese Weise kann

procedur, das kostspielige Verfahren bei Constatirung des Bestands einer Succession und der Veräußerung der davon abhängenden Immobilien, so läßt sich leicht der Widerwillen erklären, den das System des mündlichen Verfahrens, das man im französischen Code de procedure incarnirt glaubte, erregen mußte, während dieses System das wir festzuhalten suchen, an allen den vergriffenen Anwendungen, keine Schuld trägt [66]).

---

es kommen, daß Jahre darüber hinweggehen, ehe das Urtheil gehoben wird, und es kann möglich werden, daß wenn die Proceßschriften verloren gehen, ein ergangenes Urtheil als ein caput mortuum nicht ins Leben geführt werden kann.

[66]) Sehr vielen und gerechten Beschwerden sind durch eine vom Großherzogl. Hessischen Justizminister Kilian in der Sitzung der zweiten Hessischen Kammer vom 21. November 1848 vorgelegten Gesetzentwurf, die Vereinfachung des Verfahrens und die Verminderung der Kosten bei Eröffnung von Erbschaften, bei Theilungen, Versteigerungen, Rangordnungs- und Distributionsverfahren betreffend, abgeholfen. Durch die bedeutende Verminderung der Kosten des Rangordnungsverfahrens muß sich der Immobiliarcredit heben, der erste Hypothekar kann jetzt auch bei kleinern Capitalien mit Sicherheit dadauf zählen, daß die Executionskosten das Pfandobjekt nicht aufzehren werden. Zu wünschen wäre es gewesen, wenn man bei dieser Gelegenheit den in der französischen Gesetzgebung durch die Loi vom 2. Juni 1841 feststehenden Grundsatz, daß die Zwangsversteigerung das Resolutionsrecht wegen nicht bezahltem Kaufpreises ebenfalls purgire in das neue Gesetz sowohl für die Zwangsversteigerung, wie auch für alle übrigen nunmehr dieselben Wirkungen äußernden Immobiliarveräußerungen aufgenommen hätte. Ebenso möchte es wünschenswerth sein, wenn den Hypothecarien irgend ein wirksames Mittel gegeben wäre, die unzeitige Feilmachung ihres Unterpfands durch den Schuldner, seinen Repräsentanten oder einen Nachhypothekar zu verhüten. Denn gerade das neue Gesetz macht es in die Augen springend, wie leicht es im Systeme des französischen Civil- und Proceßrechts möglich

§. 8.

Es würde die Gränze, die wir uns bei dieser Arbeit vorgesteckt haben, überschreiten, wollten wir eine Revision des französischen Processes versuchen, und gewissermaßen ein Gegenproject entwerfen. Vielleicht ist es nicht unpassend, Reformen anzudeuten, die dennoch schon hinreichten, manche der angedeuteten Gebrechen zu beseitigen, wodurch nachgewiesen wäre, daß das System der Vervollkommnung fähig wäre. Wir beginnen bei dem zuletzt zur Sprache gebrachten Mißstand.

I. Was die Redaction der Urtheile angeht, so könnte dieselbe mit Aufhebung der sogenannten Qualitäten vollständig vom Richter ausgehen, indem das erste Considerant eine kurze Sach- und Proceßgeschichte zu enthalten hätte mit Andeutung der Sach- und Rechtsfragen, die er sich zur Entscheidung vorgelegt hat. Urtheile, welche weder die Instanz noch dem Processe ein Ende machten, brauchten, so lange die Sache bei demselben Gericht verhandelt wird, demselben nicht mehr in Expedition vorgelegt zu werden. Ein vom Vorsitzenden des Gerichts und dem Gerichtsschreiber unterzeichnetes Urtheilsconcept würde zu den hinterlegten Conclusionen registrirt und daraus ein Actenfascikel formirt werden, welchem alle noch ferner in derselben Sache genommenen Conclusionen und ergehenden Urtheilen adregistrirt würden. Eine förmliche Urtheilsexpedition wäre nur nöthig, wenn ein Rechtsmittel ergriffen wird, oder wenn eine Execution gegen die unterlegene Parthei eingelegt werden sollte.

---

wird, daß ein Unterpfand zu einer Zeit gerichtlich zum Verkauf gebracht wird, wo die Güter keinen Werth haben, und der Gläubiger um einen Theil seines Capitals ganz unschuldig kommen kann.

Dadurch wären bedeutende Kosten, Zeitaufwand und Mühen erspart [67]).

II. Die meisten Cautionseinreden nehmen den Gang, daß die Stellung einer Cautio pro expensis durch eine Anwaltsrequete begehrt wird; in der Sitzung, in welcher die Sache zum erstenmale aufgerufen wird, wird von Seiten des Beklagten der Antrag auf Stellung der Caution genommen, der Kläger überläßt den nicht zu bestreitenden Rechtspunkt der Weisheit des Gerichts, und das Gericht spricht seine Weisheit dahin aus, daß im Gefolge des Artikels 166 c. de proc. eine Sicherheit zu stellen sei, und auch über den Betrag hat sich eine Praxis gebildet, 50 fl. bei nicht appellabeln Sachen und 150 fl. bei appellabeln. Dieses Urtheil muß gehoben, dem gegnerischen Anwalte insinuirt werden, und die Sache endigt damit, daß der Anwalt seinem Collegen in einem Anwaltsacte erklärt, daß er sich für seine Parthei als Bürge stelle, und wenn keine Contestation erfolgt, seine desfallsige Erklärung auf der Kanzlei wiederholt, auch diese expediren und seinem Collegen insinuiren läßt [68]). Um also zu einer Caution von 50 fl. zu gelangen, absorbiren Gerichtsschreiberei Fiscus und Anwaltsgebühren unserer Rechnung nach mindestens 50 fl., und besteht der Beklagte auf Erfüllung aller Formalien, benutzt er jeden Termin bis zu seinem Ende, dann sind zwei bis dritthalb Monate für den Proceß

---

[67]) Aehnliche Vorkehrungen sind durch den in der vorhergehenden Note angeführten Gesetzvorschlag in den in demselben behandelten Spezialproceduren getroffen, und die erste Anleitung zu dieser Reform finden wir in dem Großherzoglich Hessischen Gesetz über die Zwangsversteigerungen in Rheinhessen vom Jahre 1824.

[68]) Art. 517—525 c. de proc.

verloren, und dieses in den bei weitem meisten Fällen ohne allen Zweck, weil in den meisten Fällen der Kläger obsieglich ist. Hängt dieser Mißstand mit der rein mündlichen Procedur zusammen? Gewiß nicht!

Man könnte in Fällen, wo der Kläger sich in der Ladung als Ausländer qualificirt, den Beklagten anhalten, in der Anwaltsbestellung zu erklären, ob er eine Caution verlange, und welche, und zwar unter Strafe der Verlustigung der Einrede. Begehrt der Beklagte Caution, so kann es dem Kläger gestattet werden, sich in einer Bittschrift an den Präsidenten des Gerichts zu wenden, zum Zwecke der Anberaumung einer Referatssitzung, in welcher derselbe ohne Recurs, daher mit Ausschluß der Opposition und Appellation sowohl über die Frage, ob wegen etwa nachgewiesenem hinlänglichem Besitze von Immobilien im Inlande überhaupt Caution zu leisten sei, als auch in welchem Betrage. Es kann dem Kläger gestattet werden, seinen Bürgen mit in die Referatssitzung zu bringen, um dort seine Erklärung und seine Soumission zu machen; dem Anwalt, der die Bürgschaft übernimmt, kann aber die augenblickliche Abgabe einer solchen Erklärung zur Pflicht gemacht werden [69]).

---

[69]) Dieser Punkt dürfte übrigens nach §. 4. der Grundrechte viel von seiner Wichtigkeit verloren haben, vorausgesetzt, daß dieselben wirklich in allen deutschen Staaten eingeführt werden. Da jedoch die Verbindlichkeit, welche dem Ausländer obliegt, dem inländischen Beklagten eine cautio pro expensis zu stellen, darauf beruht, daß das zu ergehende Urtheil, welches eine Kostencondemnation gegen den Ausländer enth 'ten kann, möglicher Weise gegen diesen in seiner Heimath nicht vollzogen wird, so möchte die praktische Geltung des §. 4., was den Cautionspunkt angeht, der Ausführung der durch §. 50 statuirten

III. Der Hauptsitz der Nichtigkeiten findet sich im Executionsverfahren, und hier wieder bei der Immobiliarexecution. Wir glaubten, daß schon an und für sich das ganze Executionsverfahren einer Radicalreform unterworfen werden muß. Mit der Execution in den Immobilien steht aber das Hypothekenrecht in der genauesten und engsten Verbindung. So lange die Generalhypotheken durch jede gerichtliche Condemnation erworben werden, und der Nachhypothecar im entferntesten Range für die unbedeutendste Summe dem ersten Hypothecar nach Belieben sein Unterpfand feil machen kann, wird diese Procedur zu großen Verwickelungen Veranlassung geben. Im eigentlichen gerichtlichen Proceß ist es die erste Ladung, wobei die unter Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden Förmlichkeiten gehäuft sind. Mag immerhin zur Erhaltung einer gewissen Einförmigkeit im Verfahren es wohlgethan sein, den Gerichtsboten eine strenge Einhaltung von Formen einzuschärfen. Diese Einhaltung kann auch, wie jetzt schon manche andere Förmlichkeit durch Disciplinarstrafen erzielt werden. In der Regel sollte Nichtigkeit nur eintreten, wenn im concreten Fall durch die Omission dem Geladenen wirklich ein Schaden entstanden, also nicht, wenn er über die Person des Klägers, das Streitobject, und über seine Identität mit dem Beklagten in keinem Zweifel sein konnte; nur dann wäre ohne Unterscheidung Nichtigkeit zu statuiren, wenn in dem mit der Ladung verbundenen Insinuationsdocument eine Unregelmäßigkeit unterlaufen ist, weil es dem Kläger obliegt, die wirkliche Insinuation zu beweisen, und

---

Vollziehbarkeit der Urtheile deutscher Gerichte in allen deutschen Landen untergeordnet sein.

es jedenfalls, wo dieser Beweis fehlt, in die Hand des Beklagten gegeben ist, die ihm zugekommene Copie nicht zu produciren, und ein Contumacialerkenntniß abzuwarten.

IV. Daß gerichtsablehnende Einreden von der Einlassung befreien, liegt in der Natur der Sache. Den vor ein incompetentes Gericht geladenen Beklagten zu zwingen, sich eventuell vor dem Richter einzulassen, dessen Zuständigkeit eben in Zweifel gezogen wird, hieße das Urtheil vor dessen Erlaß exequiren, selbst für den Fall, wo es dem Kläger günstig wäre, was denn immerhin problematisch ist. Nichts steht aber entgegen, daß der Beklagte, namentlich wenn er zweifelhaft ist, ob seine Incompetenzeinrede begründet ist, sich eventuell einlasse, und einer solchen freiwilligen eventuellen Einlassung steht unseres Erachtens auch im französischen Processe nichts im Wege; nur dem Richter ist aus dem angegebenen Grunde verboten, den Incidentpunkt mit der Hauptsache zu verbinden [79]).

V. Die dilatorischen Einreden, deren der Code de procedure Erwähnung thut, sind eigenthümlicher Art, sie berühren weder das Recht, welches vom Kläger zur Sprache gebracht wird, noch die Instanz, die eingeleitet wurde, sie wollen weder jenes noch diese zerstören, sie bezwecken einzig und allein einen momentanen Stillstand im Fortgang des Processes, weil der Beklagte sich im Rechte glaubt, bevor er denselben mitfortsetzt, noch eine andere präjudizielle Proceßhandlung vornehmen zu dürfen. Die französische Proceßordnung führt deren zwei auf. Die Eine bezweckt dem heritier, der die saisine hat, der sohin gleich nach dem Anfall der Erbschaft ipso jure verbunden ist die Erb-

[79]) Art. 172. c. de proc. vergl. mit Art. 425. ibid.

schaftsklagen anzunehmen, actiones suscipere, das Recht zu erhalten, entweder zu verzichten oder unbedingt anzunehmen, oder sub beneficio inventarii, daher die Nöthigung von sich abzuwenden, sich pro herede zu geriren, faire acte d'heritier. Diesem wird ganz aus demselben Gesichtspunkte vom Gesetze schon gleichgestellt die Ehefrau, nach aufgelöster Gütergemeinschaft, die nunmehr, wie der heritier eben schon von Rechtswegen ein früher bestandenes Sach- und Rechtsverhältniß ohne alle Handlung von ihrer Seite fortsetzt, das sie aber repudiiren kann [71]). Die andre bezweckt die Möglichkeit das Recht der Litisdenuntiation auszuüben, und den in den Rechtsstreit zu rufen, der entweder den Proceß und den Erfolg, oder doch den Erfolg allein zu übernehmen hat. Keine Gesetzgebung kann unter solchen Verhältnissen eine eventuelle Einlassung verlangen. Durch dieselbe wäre gerade der Zweck der Einrede und das materielle Recht des Excipienten gekränkt.

VI. Der Code de procedure enthält keine Regeln über die proceßhindernden Einreden, oder die fins de non recevoir au fond, ebensowenig wie über die Erklärung

---

[71]) Dem heritier ist gleichzustellen der Universallegatar, der die saisine hat, weil auch er die Erbschaftsklagen schon dann annehmen muß, ehe er sich durch irgend eine Handlung oder Erklärung geäußert hat, ob er das Recht, das ihm schon anerwachsen ist, auch haben will; diejenigen, die nur eine succession irregulaire ansprechen, sowie Legatare à titre universel acquiriren ihr Recht erst durch eine Willensäußerung; früher brauchen sie keine Erbschaftsklagen anzunehmen, daher der ganze Gesichtspunkt dieser dilatorischen Einrede cessirt. Daß die französischen Processualisten hierher die Controverse ziehen, ob überhaupt diese Universalsuccessoren ultra vires tenent seien, scheint uns nicht zutreffend, weil ja auch der heritier, der ein Inventarium gemacht hat, und nur in spatio deliberandi ist, diese Einrede hat.

über den Klagegrund, Litiscontestation im heutigen Sinne. Wir haben zwar schon oben nachzuweisen gesucht, wie eine Forclusion dem französischen Processe fremd ist, daß demselben die Eventualmaxime ebensowenig mit Strenge angepaßt werden könne, daß jedoch in der Direktion des Processes Mittel genug liegen, den Gefahren einer zu großen Zerstückelung der Rechtsmittel und einer chicanösen Proceßverschleppung entgegenzuarbeiten. Von einem andern Gesichtspunkte aus betrachtet, heißt dieses so viel: es liegt im Ermessen des Richters, die Anhäufung von Incidentpunkten und die Vervielfältigung der Zwischenurtheile dadurch zu verhüten, daß er nach seiner Ansicht vom concreten Fall dieselben mit der Hauptsache verbindet. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß hierin noch keine Verlustigung gefunden werden kann, wenn die Procedur noch Raum übrig läßt, neue Mittel vorzubringen; nur die Gelegenheit wird dadurch abgeschnitten, daher der Fleiß und das Pflichtgefühl der Anwälte zum gründlichen Studium ihrer Sache und zur Erschöpfung derselben angespornt. Nicht zu leugnen ist es, daß es wünschenswerth wäre, wenn das Gesetz dem Richter einige Regeln mindestens als Leitfaden an die Hand gebe, und möglichst genau bestimme, welche Einreden eine separate Behandlung zulassen, oder anders ausgedrückt, welche peremptorische Einreden als Dilatorien von einer Einlassung in der Hauptsache befreien. Wir kommen hier auf das Gebiet der sogenannten proceßhindernden Einreden. Was die deutsche Praxis gedrängt von einem mangelhaften historischen Stoff hier zu Tage gefördert hat, scheint uns keine Nachahmung zu verdienen; sie rechnet bekanntlich hierher alle peremptorische Einreden, insofern sie nur im Augenblick liquid sind, oder doch leicht liquid gestellt werden können,

und ist darüber mit sich noch nicht zum Abschluß gekommen, ob diese Einreden von jeder Einlassung befreien oder nur eine eventuelle Einlassung bedingen. Durch die erste Ansicht wird das Wohlthätige der Eventualmaxime wenigstens bedeutend neutralisirt, wenn auch nicht ganz vereitelt, durch die zweite wird dem Gang des Rechtsstreites eine unlogische und verwirrende Richtung gegeben; daß in jeder Voraussetzung der wirklichen oder vermeintlichen Liquidität über das Vorbringen des Beklagten vorerst entschieden werden solle, ehe das Vorbringen des Klägers feststeht, ist gewiß eine nicht sehr empfehlenswerthe Procedur. Dadurch finden wir uns aber noch nicht berechtigt das ganze Capitel der proceßhindernden Einreden aus dem Proceßcodex zu streichen. Das Wesen derselben darf nicht in der Liquidität, sondern muß in der innern Natur des Rechtsmittels, in der materiellen Rechtsverletzung gefunden werden, wollte man eine Einlassung in der Hauptsache verlangen. Will man bei den Einreden der letzten Art auch noch nebenher Liquidität begehren, so läßt sich dieses Requisit durch die Proceßpolitik, nicht aber durch das Proceßrecht rechtfertigen. Proceßhindernd möchten daher solche Einreden sein, die sich auf Rechtsverhältnisse stützen, die durch Gesetz oder Vertrag festgestellt sind, und deren Absicht dahin gerichtet ist, eine Verhandlung in der Hauptsache zu verhüten. Wir rechnen dahin die Einrede der Verjährung, der abgeurtheilten Sache, und des Vergleichs; wer sich auf diese Mittel beruft, behauptet mit Recht den Proceß gar nicht mehr führen zu müssen; und es läge eben ein solches Unrecht darin, ihn eventuell zur Verhandlung in der Hauptsache anzuhalten, wie dieses der Fall bei der Einrede der Incompetenz ist; durch eine solche Anordnung ist bereits vor dem Urtheil

dem Excipienten ein Theil seines Rechts entzogen, was offenbar unrecht wäre. Fordert man nichtsdestoweniger Liquidität, so sucht man dem chicanösen Gebrauch auch dieser Mittel vorzubeugen; es wird durch die Nichtliquidität ein Recht verletzt des allgemeinen Nutzens willen, nicht aber durch die Liquidität ein solches begründet. Die Beweistheorie des französischen Rechts fügt sich diesem Proceßsysteme auch mit Leichtigkeit an. Die Einrede der erlöschenden Verjährung muß in Thesi in den meisten Fällen liquid sein, weil der Ausgangspunkt durch die das Recht beweisende Urkunde gegeben ist, und der Endpunkt wird schriftlich durch die erhobene Klage constatirt; thetisch liegt die ganze Operation in einer Abzählung. Jene der erwerbenden erfordert allerdings auch Besitz; dieses Requisit kann aber heute, wo die Grundsteuer gemeines europäisches Finanzrecht bildet, durch einen Auszug aus den Steuerrollen mindestens bescheinigt werden. Freilich können beide Arten von Verjährungen durch Rechtsgeschäfte und Thatumstände interrumpirt, und diese Replik der Unterbrechung nicht immer leicht zu beweisen sein; diese Verhältnisse liegen aber im Beweisgebiet des Klägers und äußern hier keinen Einfluß. Der einzig legale Beweis der exceptio rei judicatae liegt in dem nothwendig schriftlich redigirten und noch vorfindlichen Urtheil; der Streit kann sich nur um eine Rechts- oder Subsumtionsfrage drehen. Auch der Vergleich erfordert nach französischem Rechte die Scriptur, die Summe thut hier nichts zur Sache und der Anfang des Schriftbeweises bahnt die Zulässigkeit des Zeugenbeweises nicht an [72]). Nur die Eidesdelation ist platzgreiflich, und es ist da, wo jeder

---

[72]) Art. 2044 c. c.

andere Beweis ausgeschlossen ist, gewiß dem Excipienten nicht zuviel zugemuthet, principaliter oder eventuell durch einen Anwaltsact die Eidesformel vor der Sitzung insinuiren zu lassen, damit der Gegner sich in derselben erklären könne. Ist die Sache offenbar nicht appellabel, so kann sogar der Eid in derselben Sitzung ausgeschworen werden; ist dieselbe berufbar, so wäre, um dem Mißbrauche des Mittels vorzubeugen, ein summarisches Verfahren in appellatorio zu normiren.

Unter diesen Beschränkungen könnte die Lehre von den proceßhindernden Einreden im französischen Proceß normirt werden, dagegen dürfte jede andere Einrede von einer bestimmten Erklärung über den Klagegrund nicht befreien, und dadurch der Mißbrauch der Incidentpunkte, wenn auch nicht gänzlich verhütet, dennoch sehr beschränkt werden. Es versteht sich von selbst, daß die Einreden nicht dadurch verloren gehen, daß sie nicht als proceßhindernd vorgebracht sind; werden sie aber als solche vorgebracht und verworfen, so dürften sie nur in äußerst seltenen Fällen nach Ermessen des Richters später als gewöhnliche peremptorische Einreden reproducirt werden.

VII. Der französische Proceß rechnet auf die Cumulation des Schriftbeweises mit der Geltendmachung der Rechtsmittel, die sich darauf stützen. Er gebietet aber dieselbe nicht; die Praxis sucht sich dadurch zu helfen, daß sie wo ein Schriftbeweis zu erbringen ist der beim ersten Vortrag noch nicht erbracht ist, die Sache durch ein einfaches Vertagungsurtheil, welches nicht gehoben zu werden braucht, auf eine andere Sitzung continuirt, wo sie denn die Verhandlungen in der zweiten Sitzung als einen fortgesetzten Vortrag behandelt. Läßt es der Beweispflichtige nun

immer noch an der Production der Beweise fehlen, dann trifft ihn unnachsichtlich eine Kostencondemnacion. Es hat sich dieses Hausmittel, denn mehr ist es nicht, als sehr probat gezeigt, es hat aber nichtsdestoweniger seine Inconvenienzen. Es verliert der Anwalt des unschuldigen Theils Zeit und Mühe; es kann leicht sein, daß bei der continuirten Sitzung das Gericht nicht so zu componiren ist, wie in der Sitzung, in welcher der Vortrag gehalten wurde; erscheinen nunmehr beide Partheien, so muß die Sache von neuem verhandelt werden, und abgesehen davon, daß sich nunmehr auf den Audienzregistern ein Continuationsurtheil ohne entsprechendes Endurtheil findet, können auch Proceßrechte für die unschuldige Parthei verloren gehen; erscheint aber eine der Partheien in der continuirten Sitzung nicht, so kann es oft zweifelhaft werden, namentlich wenn keine Conclusionen hinterlegt sind, ob ein contradictorisches oder ein Contumacialurtheil zu erlassen ist.

Es dürfte gerade nach dem System der französischen Beweistheorie keine Härte sein, die Cumulation des Urkundenbeweis mit der Geltendmachung des Mittels zu gebieten, unter Strafe der Verlustigung, es müßte denn der Restitutionseid geschworen werden können, daß man die Urkunde, welche zu produciren war, nicht zur Hand gehabt habe und sich dieselbe auch ohne Schuld nicht verschaffen konnte; das Dafürhalten, daß man dieselbe nicht nöthig hatte, dürfte keine Restitution begründen.

Was nämlich unseres Wissens dem Gebot der Beweiscumulation, beziehungsweise der Beweisanticipation, abgesehen von der in dem freien Beweise liegenden processualischen Schwierigkeit, entgegensteht, ist der in der Proceßklugheit fundirte Grund, daß man vorerst das mögliche

Geständniß abwarte, bis man dem Gegner die Kraft seiner Beweisdocumente offen legt. Gerade diese Berücksichtigung verliert nach der französischen Beweistheorie den größten Theil ihres Gewichtes. Nach dem in diesem Rechte geltenden Grundsatz von der Untheilbarkeit des Geständnisses [73]) kann der Gegner nur äußerst selten von einem solchen Geständnisse Gebrauch machen, um die Beweislast von sich abzuwälzen. Während es nämlich nach gemeinem Rechte unbestrittbares Dogma ist, daß so oft die eine Parthei von den Behauptungen der Gegnerin soviel zugiebt, als an und für sich hinreicht, um deren Intention zu begründen, sie nunmehr alle Zusätze zu beweisen hat, welche das in Thesi begründete Recht in Hypothesi auf irgend eine Art unwirksam machen soll, und man sich nur darüber streitet, in wie fern bei der sogenannten exceptio rei non sic sed aliter gestae die übereinstimmenden Theile der beiderseitigen Behauptungen als durch Zugeständniß erledigt, nicht mehr Gegenstand einer Beweisführung werden können, oder inwiefern gewisse Behauptungen als gegen eine Rechtsvermuthnng laufend, nunmehr im indirekten Gegenbeweis erprobt werden müssen, kennt das französische Recht alle diese Distinctionen nicht, alles kommt vielmehr darauf an, ob der Gestehende die Intention des Gegners, dare opportere, rem actoris esse zugiebt; auf welche Weise er zur Negation des gegnerischen Petitums kömmt, ob dadurch, weil er den Thatumstand, worauf es sich gründet, rein negirt, oder

---

[73]) Art. 1356 c. c. L'aveu judiciaire est la declaration, que fait en justice la partie, ou son fondé de pouvoir special. Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait, il *ne peut être divisé contre lui.*

weil er behauptet, es sei im concreten Falle ein Umstand hinzugetreten, der das vom Gegentheil angesprochene Recht entweder in seinem Entstehen schon vitiirt, oder später wieder aufgehoben habe, ist vorerst gleichgültig; so lange der Behauptende für sich nichts anführt, als das Zugeben des Gegentheils, muß er die Erklärung ganz annehmen; nur dann erst, wenn er selbstständig beweist, wird es relevant zu unterscheiden, wie viel hat der Behauptende selbstständig darzuthun, und wo fängt für den Gegner die Beweislast an [75])? Nach dieser Theorie wagt sohin der

[75]) Welche Ansicht den Vorzug verdiene, die gemeinrechtliche oder französische, wollen wir hier nicht erörtern; daß aber das französische System in innigem Zusammenhange mit der ihm eigenen legalen Beweistheorie steht ist nicht zu verkennen. Der französische Rechtssatz deducirt sich mit streng juristischer und rechtspolitischer Consequenz aus der Beschränkung des Zeugen- und Vermuthungsbeweises. Der deutsche Proceß mit sich consequent nimmt das Geständniß als Beweismittel im weitern Sinne auf; was von beiden Partheien als wahr zugegeben, was von demjenigen, dem es sogar nachtheilig ist, als richtig zugestanden wird, hat die Vermuthung der Wahrheit für sich, nicht aber das Zugesetzte, das Modificirende; da nun Vermuthungsbeweis gilt, so folgt die Theilbarkeit des Geständnisses von selbst. Das französische Recht schließt in der Regel den Vermuthungsbeweis aus, wie konnte dasselbe, ohne mit sich in Widerspruch zu kommen, einer solchen Vermuthung Raum geben? Dieses der juristische Zusammenhang; aber auch rechtspolitisch hängt der Satz mit dem System zusammen. Wo Zeugen- und Vermuthungsbeweis ausgeschlossen ist, würde es eine Prämie auf die Verlogenheit setzen heißen, demjenigen zu helfen, der Wahres in Abrede stellt, den aber in die größte Verlegenheit zu setzen, der offen genug das ganze Verhältniß angiebt. Wir glauben daher an alle Distinctionen nicht, welche französische und deutsche Schriftsteller dem französischen Rechte einimpfen wollen; alles kömmt darauf an, ob der Beklagte in die Intention des Klägers consentirt; dann liegt ein modus ineundae obligationis vor, der Zugestehende wird in einem gewissen Sinne als confessus in jure angesehen, und es gilt der Satz post confessionem in jure factam nihil quaeritur; jede andere Confession bildet

Behauptende gar nichts, wenn er seine Beweise cumulirt, läßt es der Gegner auf den Rechtsstreit ankommen, so sorgt

---

nur eine confessio in judicio; wäre im französischen Recht das richterliche Arbitrium in Würdigung der Beweismittel wie im gemeinen Rechte frei, dann könnte nach Gestalt der Sache der Richter in einem gegebenen Fall auf die Theilung des Geständnisses kommen, da diese aber nicht frei, so hat der französische Gesetzgeber die Untheilbarkeit als Regel aufgestellt. Im Archiv für civ. Prax. XVI. Bd. S. 84. behandelt Mittermaier auch diesen Punkt des französischen Rechts, verfällt aber in arge Irrthümer.

a) Machte er dem französischen System den Vorwurf der Formelkrämerei, indem er bemerkt, daß hier alles auf die Einkleidung der Sätze ankomme; „denn", sagt er, „wenn in Frankreich ein redlicher „Mann, der wegen Darlehns belangt ist, den Empfang der Summa „zugesteht, aber ehrlich später im Processe in Form einer Einrede „vorträgt, daß er es wieder zurückbezahlt habe, so ist der Klagegrund als „eingestanden angenommen und der Beklagte muß die Einrede beweisen. Wenn er aber schlau gewesen, und in einem zusammenhängenden Satze seinem Geständnisse sogleich die Beschränkung, daß die „Schuld zurückbezahlt sei, beigefügt haben würde, so hätte er dadurch „den Vortheil erreicht, daß nach der Regel von qualificirtem Geständnisse sein Geständniß dem Kläger nicht genügt hätte." Wir können das Gesagte besser so umschreiben: „Wenn im französischen Systeme ein Mann so einfältig ist, demjenigen, der ihn wegen einer bezahlten Schuld angreift, um ihm die Durchbringung seines Unrechts zu erleichtern, nunmehr eine unumwundene Anerkennung seiner bestandenen Forderung in die Hand zu geben, später aber sich über seine Einfalt in den Finger beißt, und dieser Anerkennung mit einer vom Beweise entblösten Zahlungseinrede entgegnet, so muß er, so redlich er sein mag, für seine Unbesonnenheit büßen; ist er aber nicht schlau, nicht superklug, sondern nur nicht dumm, aber ehrlich, so lügt er nicht, verstrickt sich aber auch nicht, er stellt seinem unredlichen Gegner eine Urkunde über den Empfang der Summe aus, fügt aber wohlweislich hinzu, daß sie bezahlt sei; dann straft der französische Proceß nicht mehr die Offenheit mit der Aufbürdung der Beweislast, und belohnt nicht die Verschmitztheit der Lüge mit der Verschonung von dieser Bürde, hält vielmehr den Satz fest: *actore* non probante, reus absolvitur, freilich in einem anderen als dem gemeinrechtlichen Sinne", denn offenbar handelt der redliche Mann des Herrn Mittermaier dumm, und gegen Dummheit ist kein Kraut gewachsen!

er schon dafür, daß er kein unmodificirtes und von allen Zusätzen freies Geständniß giebt, und so bleibt es immer bei der ursprünglichen Beweislast.

VIII. Wer über die Mittel nachdenkt, die Processe zu vereinfachen und Proceßverschleppungen zu verhüten, der wird auch auf die Untersuchung der Frage über die Nothwendigkeit und Nützlichkeit der Appellationen von Zwischenurtheilen geführt. Das einfachste System bestünde darin, von dem Gesichtspunkte auszugehen, daß zwischen den Partheien eigentlich nur ein Streitpunkt besteht, welches ihr nächstes und direktestes Interesse ausmacht, nämlich die Frage der Absolution oder Condemnation; alle richterlichen Entscheidungen und Verfügungen, welche dieses nächste Interesse für die eine oder die andere Parthei noch nicht erledigen, so sehr präjudizierlich die vorläufige Interlocution sein möchte, geben zu einer eigentlichen Beschwerde noch

b) Glaubt derselbe, daß man durch das gestattete interrogatoire sur faits et articles, der Untheilbarkeit des Geständnisses beikommen könnte, was allerdings inconsequent wäre, aber auch nicht richtig ist.

c) Glaubt derselbe, der Zauber könne durch Eidesdelation gelöst werden, denn der Kläger habe nur seine Klage zu beweisen, er deferire den Eid über das stattgehabte Darlehn; diesen so deferirten Eid müsse der Delat schwören, oder referiren, und nunmehr sei es an diesem, den Beweis seiner Einrede zu führen. Auch dieser Satz ist unrichtig, vielmehr wird in einem solchen Falle der Delat den Eid modificirt ausschwören „ich schwöre, daß ich das Darlehn zwar empfangen, aber auch richtig wieder zurückbezahlt habe", und dieses beschworene Geständniß muß sich der Deferent ebenso gefallen lassen, wie das unbeschworene. Der Eid ist ja wohl nichts anders, als das Mittel, ein Geständniß herbeizuführen; es wäre ganz sonderbar, wenn auch noch diente, die Kraft desselben zu denaturiren. Das, was wir behaupten, ist nicht controvers, sondern liegt in der Natur der Sache und ist überall, wo französisches Recht zur Anwendung kömmt, in Praxi angenommen.

keine Veranlassung, selbst wenn der erste Richter auf seinen Ausspruch nicht zurückkommt. Es müßte sohin die Regel gelten, daß eine Berufung nur nach der Endentscheidung zuläßig wäre, und Ausnahmen wären nur zu statuiren in Fällen, wo der Richter auf eine foridеclinatorische oder dilatorische Einrede zwar nicht über das Recht an und für sich, aber über die Frage: ob der Streit jetzt schon, oder vor dem angegangenen Richter geführt werden soll, für den Kläger abweisend entschiede, oder wo der Richter mittelst seiner Interlocution, wenn sie zur Ausführung kommen sollte, schon an und für sich einen selbstständigen Schaden herbeiführte. Ein krasses Beispiel kennt das römische Recht, wenn nämlich in einer Civilsache der Richter Zeugen auf der Folter abhören ließe; es könnten sich aber heute auch noch minder krasse Verhältnisse darstellen: ein Richter verordnete etwa auf Antrag eines Beweisführenden eine Haussuchung, die Beschlagnahme von Papieren, die Confrontation der Parthei mit den Zeugen, die Production der Geschäftsbücher und deren zeitweise Ueberantwortung an den Gegner. Dieses System, welches das des römischen Processes sein möchte, ließe sich vertheidigen, wenn die Rechtsstreite einfach und in möglichst schneller Zeit entschieden wären; überhaupt wenn der Proceßweg nicht mit solchen Mühseligkeiten und solchen Beschwernissen übersäet wären, daß es jedem schon an und für sich zu gönnen ist, aus diesem civilisirten, aber nicht minder lästigen Kampf bald möglichst als Sieger auszugehen, wenn nicht sogar eine kleine Niederlage in Bälde oft einem endlichen Sieg nach langem Kampfe vorzuziehen wäre. Wer sich auf das Gebiet des Rechtsstreites begibt, begibt sich auf das Gebiet des unberechenbarsten Zufalls; der Zufall ist blind, ist in

Dunkel gehüllt, er schlägt ungewarnt, und nichts ist räthlicher, als die schleunigsten Mittel zu ergreifen, sich aus diesen gefahrvollen Regionen zu retten. Schon dieses Interesse kann eine Gesetzgebung nicht ignoriren; es sind aber auch materielle Interessen damit verbunden, daß der Kläger, der in der Lage wäre, heute zn seinem Rechte zu gelangen, nicht genöthigt werde, noch bedeutende und kostspielige Instructionshandlungen vorzunehmen, während welcher der Gegner im Besitze des Streitobjects bleibt und sich zum insolventen Schuldner aufzehrt; ebenso ist es materiell für den Beklagten nicht gleichgültig, dem eine proceßhindernde Einrede zur Seite steht, zur Einlassung angehalten und bedeutende Proceßvorlagen machen zu müssen, um von einer Klage entbunden zu werden, die bei richtiger Beurtheilung jetzt schon hätte abgewiesen werden müssen. Diese Betrachtungen führen dann wieder zu dem Satze, daß von jeder Interlocution appellirt werden könne, und dieser Satz ist jetzt so ziemlich in die Doctrin des gemeinen Rechts übergegangen, mit einer Unterscheidung zwischen Decisiv- und einfachen Decreten, deren Haltlosigkeit aber Plank [75]) recht gut nachwies, ohne seiner Seits etwas Haltbares an die Stelle gesetzt zu haben.

Das französische Recht laborirt an derselben Krankheit. Ueber die Rechtsmittel gegen richterliche Verfügungen auf einseitiges Vorbringen enthält dasselbe keine allgemeinen Vorschriften, und über Verfügungen auf vorhergegangenen Vertrag beider Partheien, oder nachdem dem Gegner mindestens Gelegenheit, sich Gehör zu verschaffen, gegeben war, variirte die Gesetzgebung. Der neueste Standpunkt

---

[75]) Plank l. c. S. 169.

der Gesetzgebung ist in den schon angeführten Artikeln 452 und 453 c. de proc. enthalten, der Gesetzgeber prognosticirte sich nicht viel Gutes von dieser Distinction [76]), und wahrlich der Erfolg hat es gezeigt, daß sich hier die Doctrin sowohl als die Praxis in einen wahren Irrgarten sich durchkreuzender Ansichten verloren haben. Es liegt derselben auch kein durchgreifendes Princip zu Grunde [77]), und am Ende muß man wahrhaft an der Lösung des Räthsels verzweifeln.

Nach scharfem Nachdenken über diese verwickelte Sache konnten wir nur auf die Remedur kommen, die Appellation

---

[76]) *Locré* Législation XXII. p. 77. Il faut en convenir rien n'est plus difficile, que de fixer une ligne de demarcation entre les jugements, qui font un grief véritable à la partie et ceux qu'elle ne peut avoir aucun intérêt a quereller; cependant il faut, que le Code fasse tout ce qui peut dependre du législateur, c'est a dire qu'il signale le caractère géneral auquel on devra reconnaitre si l'appel est recevable ou ne l'est pas.

[77]) Der Gesetzgeber will zwar unter praeparatoire blos proceßleitende Decrete verstehen, die nur zur Instruction der Sache gegeben sind, und dem Hauptstreit nicht präjudiciren, unter interlocutoire dagegen jede Instructionshandlung qui *préjuge* le fond. Was aber préjuger heißt, sagt er nicht; daher die großen Zweifel in Fällen, wie folgenden. Im Gefolge einer Schenkung unter Privatunterschrift klagt A gegen B, dieser behauptet die Nichtigkeit des Geschäfts, weil die Schenkung nicht vor Notar gefertigt wäre; das Gericht, das vielleicht gerne einen Vergleich zu Stande bringen möchte, verordnet, ohne näheres Motiv die persönliche Erscheinung der Partheien. Inzwischen ist vielleicht ein provisorischer Arrest angelegt, der den Beklagten in seinem Dispositionsrecht stört, und ihn an den Bettelstab bringt. Appellirt er, und das Obergericht hält die Entscheidung für ein praeparatoire, dann hat er seine Lage verschlimmert. Aehnliche Entscheidungen können vorkommen, wo von einer Seite eine Verjährungseinrede vorgeschützt wird, das Gericht aber eine nicht sehr angenehme Instructionshandlung verordnet.

unbedingt zuzulassen, jedoch dieselbe für alle Interlocutionen an kürzere Termine zu knüpfen und ein summarisches Verfahren in zweiter Instanz anzuordnen.

Wir schließen hier diese Betrachtungen, indem unser Hauptzweck nur der war, die eigentliche Bedeutung des französischen Proceßsystems anschaulich darzustellen, und unsere Ansicht über das zusammengekoppelte mündliche und schriftliche Verfahren zu äußern.



Zusatz zu S. 196. seq.

Von der Kosten-Distraction.

So wie in der Regel nur die Parthei in einem Rechtsstreit in die Kosten condemnirt werden kann, ebenso können auch nur demjenigen, der Parthei im Proceß ist, die Kosten zugesprochen werden. Die Ausnahme, welche der erste Theil unserer Proposition leidet, ist schon angegeben und findet ihre Sanction im Art. 132 c. de proc. Eine Ausnahme im umgekehrten Sinne enthält der Art. 133 desselben Gesetzbuchs:

> Les avouès pourront demander la distraction des depens a leur profit, en affirmant lors de la prononciation du jugement, qu'ils ont fait la plus grande partie des avances. La distraction des depens ne pourra être prononcée, que par le jugement, qui en portera la condamnation; dans ce cas la taxe sera poursuivie et l'éxecutoire delivré au nom de l'avoué, sans préjudice de l'action contre la partie.

Das französische Recht kennt das Institut des Armenrechts nicht. Um daher dem Armen die Proceßführung möglich zu machen, wurde dem Anwalte, der sich einer guten Sache annahm durch Vorlage der Kosten, die die Parthei nicht erschwingen konnte, das Recht gegeben, selbst eine Condemnation zu seinem Vortheile zu erhalten. So weit der politische Grund; das juristische Moment wird in einer

Cessi n des Rechtes der Parthei auf den Anwalt gefunden, die vom Gerichte mit oder ohne, ja auch gegen den Willen des Cedenten vorgenommen wird. Sehr energisch drückt sich über das Verhältniß aus Boitard in seinem mehrfach angeführten Werke [1]. En d'autres termes le tribunal par son jugement opère un transport forcé, un transport de la creance des depens qui ne reside sur la tête de *Primus*, que pour un instant de raison et va de suite immediatement se poser, se concentrer sur la tête de son avoué. Ganz so Pothier [2], Boncenne [3], Rodiere [4]) und endlich Merlin [5].

Aus dem Gesichtspunkte der Cession, wenn auch das Recht nur un instant de raison auf dem Haupte der eigentlichen Parthei ruhte, würde aber mit Nothwendigkeit folgen, daß wenn zur Zeit des Erlasses des Urtheils dem in die Kosten Verurtheilten schon ein Compensationsrecht zur Seite stand, dem Anwalte, der in das Recht seiner Parthei succedirt, diese Compensation ebenfalls entgegengesetzt werden könnte. Gegen diese Consequenz erklärte sich aber schon die Rechtssprechung der Parlamente; es stimmt daher die Doctrin mit der Praris überein, daß eine Compensation ex persona auctoris nicht zulässig sei, weil man sich bestrebt, dem Anwalt, damit er dem Armen zu Hülfe kommen könne,

---

[1]) *Boitard* l. c. I S. 256.

[2]) *Pothier* du contrat de mandat N. 135.

[3]) *Boncenne* l. c. I. 356.

[4]) *Rodière* l. c. I. 399.

[5]) *Merlin* répert. mot. distraction des depens.

utilitatis causa ein sicheres Recht zu geben. Mit diesem Eingriff in das Wesen der Cession hätte man aber den ganzen Gesichtspunkt aufgeben müssen. Eine andere Frage hat sich bei den französischen Gerichten aufgeworfen, nemlich in wiefern im Falle im Verlaufe des Processes namentlich in der Cassationsinstanz ein cassirendes Urtheil ergeht, welches die Kostencondemnation aufhebt, nunmehr eine indebiti condictio, eigentlich sine causa gegen den Anwalt, dem die Kosten schon bezahlt sind, zulässig sei. Auch diese Frage wird verneint, und zwar schiebt man hier den Gesichtspunkt des Mandats vor, und behandelt den Anwalt, der die Kosten erhalten hat, als einfachen Mandatar seiner Parthei; dann wirft man sich auf das suum recepit mit Bezugnahme auf eine offenbar mißverstandene Stelle des römischen Rechtes [6]).

Uns will es vorkommen, als wenn wir auch hier den Gesichtspunkt einer translatio judicii annehmen dürften. Im Interesse der Rechtsbedürftigen wird die Sache so gestellt, als wenn, was den Kostenpunkt angeht, der Anwalt, der den Vorschuß machte, selbst und in eigenem Namen Parthei im Processe gewesen wäre. Mit Consequenz verfolgt, würde dieser Gesichtspunkt dahin führen, daß nunmehr die Rechtsmittel auch gegen den Anwalt ergriffen werden müßten, der eine solche Condemnation erhalten hat. Dieses Resultat wäre offenbar nur billig; es läßt sich aber auch rechtfertigen, wenn man in einem solchen Falle das Nebeninteresse des Anwalts, als in den weitern Instanzen

[6]) Frag. 44. Dig. de condict. indebiti. *Merlin* l. c. Qu'en principe et en droit une distraction au profit d'un avoué ne fait que l'établir mandataire de son client, qui est censé reçevoir les deniers par son entremise etc.

durch seine Parthei, die das Hauptinteresse hat, vertreten betrachtet. Solche Ausnahmen von den Grundsätzen der res judicata sind freilich immer nur singulär, aber dem Rechtssystem nicht fremd. Wir schließen daher in Folge dieses Systems die Compensation aus, dagegen gestatten wir die condictio sine causa im Falle der Reformation. So sehr man da, wo ein Armenrecht nicht existirt, das Interesse des Anwalts in Schutz zu nehmen berechtigt ist, der sich des verkannten Rechts eines Unglücklichen annimmt, obschon der Anwalt hier nicht immer aus Gottesfurcht und Barmherzigkeit handelt, eben so viel Rücksicht verdient, derjenige, der am Ende seinen Proceß gewinnt, und bedeutende Kosten bezahlt hat, die er nicht schuldig ist. Gerade in einem solchen Falle bietet in der Regel die Hauptparthei wenig Sicherheit für den Rückgriff dar, und der Anwalt findet sich auf der andern Seite leicht veranlaßt, jemehr er den endlichen Sieg des Gegners fürchtet, desto unnachsichtiger seinen provisorischen Sieg in Beitreibung der Kosten zu benutzen.

24





